

UNIVERSITE DE PARIS — FACULTE DE DROIT

DE LA
CONDITION JURIDIQUE
DES
ÉPOUX ANGLAIS
EN FRANCE
(ÉTUDE DE CONFLITS DE LOIS)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 28 Mai 1934, à 14 heures

PAR

Henri MARION

MEMBRES DU JURY :

Président : M. LÉVY-ULLMANN

<i>Suffragants</i> {	M. NIBOYET	} <i>Professeurs</i>
	M. ESMEIN	

PARIS
LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU et C^{ie}

ÉDITEURS

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

1934

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DE LA
CONDITION JURIDIQUE
DES
ÉPOUX ANGLAIS
EN FRANCE
(ÉTUDE DE CONFLITS DE LOIS)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 28 Mai 1934, à 14 heures

PAR

Henri MARION

MEMBRES DU JURY :

Président : M. LÉVY-ULLMANN

Suffragants { M. NIBOYET } *Professeurs*
 { M. ESMEIN }

PARIS
LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU et C^{ie}

ÉDITEURS

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

1934

DE LA

CONDITION JURIDIQUE

DES

ÉPOUX ANGLAIS

EN FRANCE

(ÉTUDE DE CONFLITS DE LOIS)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 10 mai 1907 par M. J. L. L.



Membres du Jury

Président : M. L. L.

M. L. L.

M. L. L.

M. L. L.

M. L. L.

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et Co

Éditeurs

14 rue Soufflot et rue Taitbout, 13

INTRODUCTION

I

Le titre donné au présent travail, « de la Condition
« Juridique des Epoux Anglais en France — Etude de
« Conflits de Lois » appelle quelques explications et jus-
tifications préliminaires.

Il vise l'application, à des sujets de droit de nationa-
lité anglaise, des règles du Droit international privé
français relatives aux conséquences de la célébration du
mariage : l'état de mariage avec ses effets sur la per-
sonne des époux et sur leur patrimoine, puis la rupture
ou le relâchement du lien contracté, par le divorce ou
par la séparation de corps.

D'autre part, le titre annonce une étude de conflits de
lois. C'est en effet cette branche du Droit international
privé qui seule fournira le cadre de notre travail : il ne
sera parlé qu'incidemment de la nationalité, de la condi-
tion des étrangers et du conflit de juridictions. En effet,
aucune de ces trois questions générales ne présente, au
même degré que celle des conflits de lois, de difficultés
particulières à cette hypothèse spéciale d'extranéité : la
nationalité anglaise des époux.

On voit que les conflits de lois eux-mêmes ne seront
étudiés que dans leur forme simple, chaque époux étant

supposé avoir au moins dès la célébration du mariage et pendant toute sa durée la nationalité anglaise. Dans un seul cas, nous distinguerons selon que les deux parties étaient anglaises dès avant le mariage ou que la femme n'a acquis la nationalité anglaise qu'à ce moment. Encore ne s'agira-t-il pas alors d'étudier un « conflit mobile » (1) en recherchant les effets qu'aurait sur le statut personnel ce changement de souveraineté, mais seulement de déterminer le rôle attribué à cette circonstance de fait parmi les indices de l'intention tacite qu'ont pu avoir les époux mariés sans contrat de choisir le régime matrimonial légal du Droit français ou du Droit anglais.

Deux hypothèses sont donc écartées de ce travail : celle où les époux, ou l'un d'eux, changent de nationalité au cours du mariage ; celle où des sujets d'Etats différents conservent leur nationalité en se mariant. Les deux situations sont cependant possibles et peuvent se présenter de plus en plus fréquemment dans l'avenir en raison de la loi française de 1927 sur la nationalité (2) ; et de la loi anglaise toute récente sur la nationalité de la femme mariée. Cette dernière, en date du 17 novembre 1933 (3) introduit en effet d'importantes innovations dans la législation anglaise relative à la nationalité : la femme anglaise ou étrangère y est admise sous certaines conditions à conserver sa nationalité propre malgré son mariage avec un étranger ou un Anglais et malgré le changement de nationalité de celui-ci au cours du mariage. Cette loi est

(1) C'est l'expression qu'emploie M. Bartin. Cf. *Principes de Droit international privé*, t. I, 1930, § 15, p. 28.

(2) Loi du 10 août 1927.

(3) Cf. texte de la Loi à la *Revue de Dr. Int. Privé* 1933, p. 693.

d'ailleurs intervenue à la suite et en exécution de la convention relative à certains conflits de lois sur la nationalité signée à La Haye, le 12 avril 1930, par un grand nombre d'Etats et notamment par la Grande-Bretagne et la France (1). Nous ne pouvons que souligner l'importance et l'actualité que présentent ces questions tant dans les systèmes internes de conflit de lois que dans le Droit international conventionnel, car notre étude sera limitée au conflit « à l'état immobile » (2).

Enfin c'est à dessein que le titre ne précise pas la nature du lien qui attache à la France les sujets anglais considérés. Au cours de ce travail, il sera parfois nécessaire de distinguer suivant qu'ils auront acquis en France une résidence ou un véritable domicile, tout en tenant compte des significations différentes données en Droit français et en Droit anglais à ces termes.

II

Le plan que nous avons suivi adopté pour l'ensemble l'ordre des faits. Dans les détails, il tend à respecter la subordination du droit des biens au droit des personnes, qui s'impose en matière de mariage.

Deux titres diviseront tout le sujet, consacrés l'un aux Effets du Mariage, l'autre au Divorce et à la Séparation de corps.

Dans le titre I^{er}, nous étudierons successivement les Effets du Mariage sur la *personne* des Epoux (chap. 1^{er}).

(1) Cf. texte de la Convention aux « Actes de la Conférence pour la Codification du Droit International (Société des Nations) », Genève, 1930, vol. 1, p. 80.

(2) *Bartin, op. cit., loc. cit.*

comprenant les devoirs entre époux (sect. I), et les notions de puissance maritale et de capacité de la femme (sect. II), puis le régime des *biens* entre époux (ch. II) comprenant le régime matrimonial légal (sect. I), et les conventions matrimoniales (sect. II).

Dans le titre II nous étudierons le Divorce et la Séparation de corps successivement du point de vue des *causes* qui permettent d'obtenir l'un ou l'autre (ch. I^{er}), des *conséquences* de non recevoir opposables (ch. II) et de leurs *effets* (ch. III).

III

Enfin, pour l'étude de chaque conflit de lois particulier, une marche à peu près invariable sera suivie à partir du rapport de droit considéré.

Après avoir précisé la véritable qualification française du rapport de droit, qui est parfois douteuse, on rappellera brièvement la solution générale de conflit de lois que lui donne le droit français en insistant seulement sur les points controversés ou non encore tranchés en jurisprudence.

Puis on fera un exposé sommaire, par comparaison avec le droit français, des dispositions de la loi anglaise supposée compétente, concernant la question.

Après quoi il y aura lieu de rechercher comment s'applique en fait la loi compétente. Tantôt elle s'appliquera comme le prévoit notre système français de conflit, sans complication d'aucune sorte. Tantôt au contraire on verra intervenir une loi autre que celle désignée par notre système de conflits, soit par le jeu d'un incident d'application de cette dernière (*renvoi* ou *qualification*), soit parce

que la loi étrangère normalement applicable est écartée purement et simplement au nom de l'ordre public international.

Nous rappelons que ce travail concerne avant tout les conflits de lois : les différents exposés de droit comparé qui s'y trouvent interviennent comme préliminaires nécessaires à l'étude principale ; aussi n'avons-nous pas, en résumant pour chaque question la réglementation anglaise, cité l'ensemble de ses sources juridiques, mais surtout les ouvrages méthodiques auxquels nous nous sommes référés. On sait que les sources du droit civil anglais sont avant tout les décisions judiciaires dont la doctrine lentement élaborée et confirmée constitue le « Common Law » qui a une stabilité et une autorité égales à celles de la loi elle-même. Cette dernière, source législative constituée par les « Acts of Parliament », prend de nos jours une importance croissante. Nous citerons largement les unes et les autres et spécialement les décisions de principe (« leading cases ») (1) ainsi que celles rendues sur des matières sujettes à controverses ou imparfaitement résolues (2).

(1) Cas directeurs.

(2) Sur le caractère et les sources du Droit anglais, cf. Lévy-Ullmann, *Eléments d'Introduction Générale à l'étude des Sciences Juridiques*, II : le système juridique de l'Angleterre, tome 1^{er} : le système traditionnel, Paris 1928.

TITRE PREMIER

Effets du Mariage

CHAPITRE PREMIER

Effets du Mariage sur la personne des Epoux

Le Droit français distingue, entre les effets du mariage sur la personne des époux :

1° des devoirs réciproques : de cohabitation (article 214 du C. civ), fidélité, secours et assistance (article 212) ;

2° des devoirs distincts et complémentaires de mari à femme : pour le mari celui de recevoir et de protéger sa femme, pour la femme celui de suivre son mari et de lui obéir (articles 213 et 214) ;

3° des effets personnels et généraux résultant, pour la situation juridique des époux, des devoirs précédemment indiqués et dont les principaux sont la puissance maritale et l'incapacité qui en est pour la femme la conséquence.

Le système français de conflit de lois applique à ces différents effets personnels du mariage une règle générale uniforme. En vertu de l'interprétation traditionnelle

de l'article 3 du C. civ., § 3, c'est la loi nationale des époux qui les gouvernera parce que ces questions sont toutes relatives à l'Etat et à la capacité des personnes. En conséquence les sujets britanniques seront, pour les effets personnels du mariage, soumis, aux yeux du Droit français, à leur loi nationale anglaise.

Nous examinerons donc, aux trois points de vue indiqués, les solutions anglaises en les comparant à celles de notre Droit, et nous en commenterons l'application en France dans la pratique quotidienne et dans la pratique judiciaire au cas de litige.

SECTION I. — DEVOIRS RÉCIPROQUES ENTRE ÉPOUX

Les devoirs de cohabitation, fidélité, secours et assistance, effets nécessaires d'une conception du mariage commune aux deux législations, existent en Droit anglais (1) comme en Droit français. Leur source est le « Common Law », le droit fait par les juges avec pour base l'ancienne coutume. Aussi y sont-ils surtout signalés par leurs sanctions, et formulés de façon moins précise que par nos textes législatifs français.

§ 1^{er}. — *Cohabitation*

Le devoir de cohabitation ou de « vie commune » (Right of Consortium) est une obligation pleinement réciproque, dont l'unique sanction, l'action en « restitution de droits conjugaux », appartient également au mari et à la femme. Le décret de restitution de droits conjugaux

(1) Cf. Eversley, *Law of the Domestic Relations*, 4^e éd. 1926, pp. 147 et suiv. et Halsbury, *Laws of England*, 1^{re} éd. 1911, vol. 16 : « Husband & Wife », §§ 622 et suiv., pp. 316 et suiv.

résultant de cette action en justice est une mise en demeure ayant sa fin en elle-même et ayant aussi pour effet, si elle n'est pas obéie, d'assimiler l'abandon ainsi constaté à l'abandon de deux ans, cause de séparation de corps. Même après avoir obtenu le décret de restitution, l'époux abandonné ne peut recourir à la force publique pour assurer la reprise de la vie commune, ni obtenir des dommages-intérêts contre son conjoint, ni, pour le mari, se faire autoriser à saisir les biens dont la femme peut avoir la jouissance personnelle, tous moyens de contrainte que la jurisprudence française accorde, bien qu'ils soient peu usités.

L'époux anglais abandonné pourra donc demander au tribunal français de décider que son conjoint doit reprendre la vie commune. Si l'usage français est d'agir par voie de sommation, le demandeur pourra cependant obtenir facilement un jugement dans ce sens en faisant valoir l'intérêt que présente pour lui cette voie de droit : l'abandon ainsi constaté lui fournit, aux termes de sa loi nationale, un grief qui permet une demande en séparation de corps.

Mais l'époux abandonné ne peut utiliser d'autres sanctions ; en effet celles qu'admet le droit français ne s'imposent pas d'ordre public et la loi anglaise seule compétente ne les accorde pas.

Il en serait autrement si la loi française était applicable en vertu du renvoi. Mais le renvoi à la loi française comme loi du domicile n'a fait l'objet d'aucune jurisprudence en matière de devoirs réciproques : il serait admis, nous semble-t-il, dans la mesure où il l'est pour le divorce et la séparation de corps à l'étude desquels nous renvoyons.

Nous y renvoyons également pour l'effet de l'abandon sur le lien matrimonial lui-même. Disons ici seulement qu'il ne peut être qu'une cause de séparation de corps si la loi anglaise est seule applicable ; et que si la loi française s'applique par renvoi, alors seulement, en qualité d'injure grave, il pourra être une cause de divorce.

Le devoir de cohabitation cesse, en Droit français, dans trois cas : par l'effet d'un jugement de séparation de corps ; par ordonnance provisoire au cours de l'instance en divorce ou séparation de corps ; enfin, lorsque la rupture de la vie commune provient des mauvais traitements subis et de la violation par l'autre époux de ses propres devoirs.

Il en est à peu près de même en Droit anglais. La séparation judiciaire, par ailleurs très différente de celle du Droit français, y a naturellement cet effet. Quant à l'ordonnance de domicile séparé, elle interviendra, comme entre Français, dans la procédure française qu'adoptent ces plaideurs anglais ; d'ailleurs, la procédure anglaise comporte une mesure parallèle : l'ordonnance qui règle les moyens d'existence de la femme pour la durée de l'instance (alimony pendente lite) implique une résidence séparée et enregistre celle qui est choisie. Enfin, en droit anglais comme en droit français, la rupture de la vie commune par suite des mauvais traitements subis n'est pas une violation du devoir de cohabitation ; les obligations qu'entraîne la vie commune ont, en effet, un caractère synallagmatique, et le droit anglais, allant plus loin, qualifie d'abandon (abandon interprétatif) l'attitude du conjoint qui oblige ainsi l'autre à rompre la vie commune.

Ainsi le conflit de lois, à propos de ces trois cas de cessation du devoir de cohabitation, ne présente pas de difficulté.

Mais le Droit anglais ne s'en tient pas à ces cas : contrairement au nôtre il admet la validité des conventions de séparation. Il les règlemente d'ailleurs de façon assez stricte : sous peine de nullité d'ordre public elles doivent être suivies aussitôt de séparation véritable. Pareille nullité frappe un accord passé en vue d'une séparation éventuelle, sauf s'il constitue lui-même un acte de réconciliation (1). Enfin la convention de séparation tombe d'elle-même en cas de rapprochement des époux et n'est pas un obstacle absolu à l'action en restitution de droits conjugaux (2).

Malgré sa réglementation stricte, le principe de la validité des accords de séparation est admis, en opposition avec notre Droit ; il en résulte une difficulté certaine en conflit de lois : l'application normale de la loi nationale anglaise, en France, n'a-t-elle pas ici une conséquence qui heurte l'ordre public français ? à savoir permettre à une séparation conventionnelle de produire en France ses effets.

Nous n'avons pas trouvé de décision prenant parti sur la question, entre époux anglais. C'est donc le caractère

(1) Cf. Halsbury, *op. cit.*, vol. 16, « Husband & Wife », n° 909, p. 440.

(2) Dans son dernier état, le Droit anglais fait de la bonne foi du demandeur l'essence du Droit au recours, et la Restitution est souvent accordée malgré une convention de séparation. C'est la doctrine de la Court of Appeal (affaire Palmer, C. A. 1923, Prob. 180) ; elle accentue encore la précarité des séparations conventionnelles anglaises (Cf. Thèse Richard-Prassinos, Paris, 1928, I^{re} partie, pp. 123 et suivantes, p. 127).

reconnu par la jurisprudence interne à la nullité des accords de séparation qui seul peut nous éclairer.

Or les arrêts de Cassation qui la prononcent (1) parlent d'une nullité radicale, la convention ayant une cause illicite, mais ne parlent pas d'ordre public. Ainsi est-il difficile d'en tirer argument pour lui refuser tout effet entre des étrangers dont la loi nationale l'admet, en vertu d'un argument général d'ordre public (2).

En outre, des décisions de plus en plus nombreuses consacrent en Droit français la validité des séparations de fait dues à l'inexécution par un conjoint de certaines de ses obligations, lorsqu'elles ordonnent les mesures provisoires que la situation rend nécessaires. « Ainsi », comme l'a écrit M. Rouast (3), « à défaut d'une séparation conventionnelle inopérante, les arrêts organisent dans un grand nombre de cas une séparation qu'on peut qualifier de judiciaire, quoique distincte de la séparation de corps prévue par le Code civil ».

Or toutes ces décisions n'ont d'effet entre les époux que dans la mesure où, et tant qu'ils conviennent tacitement de rester sur ces positions.

De là au Droit anglais qui prévoit une convention expresse, écrite ou orale et provisoire, la différence est donc moindre qu'elle n'apparaissait à première vue. Il en résulte, à notre avis, que la convention de séparation

(1) Civ., 14.6.1882, D. 83.1.248 ; Civ., 2.1.1907, D. 1907.1.137.

(2) Si même la prohibition était bien d'ordre public entre Français, on n'en pourrait conclure *ipso facto* à son application aux Etrangers, dont les rapports de droit privé n'intéressent pas au même degré que ceux entre Français la notion de l'ordre public en France.

(3) Planiol et Ripert, *Traité Pratique*, t. II, 1926 (M. Rouast), p. 288, § 365.

intervenue entre Anglais ne sera pas dépourvue d'effets en France :

Sans doute le tribunal français ne prendrait pas en considération un contrat passé en France à cet effet ; mais nous croyons que, saisi d'une action en exécution d'un contrat anglais de séparation, le juge français, après examen au fond des griefs actuels du demandeur, réglerait sur la base de ce contrat antérieur le *modus vivendi* qu'il a coutume d'établir en présence d'un état de séparation.

§ 2. — Fidélité

L'étude des conflits de lois relatifs au devoir de cohabitation étant ainsi achevée, nous abordons celle des conflits relatifs au devoir de fidélité. La question est beaucoup plus simple car les sanctions civiles sont, comme en Droit français, le droit de demander le divorce ou la séparation judiciaire pour cause d'adultère (1). Que la loi applicable soit la loi nationale anglaise ou, par renvoi, la loi française, le choix n'a de conséquences que sur les effets du divorce ou de la séparation de corps auxquels nous renvoyons. Il n'y a pas, en Droit anglais, de répression pénale de l'adultère. Mais, la loi pénale s'appliquant en France même aux étrangers, les articles 336, 337, 338 et 339 de notre Code pénal qui prévoient la répression de l'adultère du mari, de la femme, et la punition du complice de la femme, sont applicables entre époux anglais. On sait qu'en pratique ils sont inappliqués.

(1) L'action civile en dommages-intérêts n'existe que contre le complice de l'époux coupable : action de « Criminal Conversation. »

§ 3. — *Assistance*

Au devoir d'assistance du Droit français, dont la seule sanction est le divorce ou la séparation de corps lorsque l'oubli de ce devoir peut être qualifié d'injure grave, correspond dans une certaine mesure le devoir dont la violation est en Droit anglais une cause de séparation et de divorce, sous le nom d'abandon. En effet, l'abandon, notion très complexe, peut être constitué notamment par le fait de négliger volontairement le conjoint et de le tenir systématiquement en dehors de son existence (*wilful neglect*). Et ces faits, comme l'injure grave en France, sont soumis à la libre appréciation des juges. Aussi le conflit de lois n'a-t-il d'intérêt que pour la sanction du devoir d'assistance : La loi nationale normalement applicable n'accorderait que la séparation de corps comme sanction de l'abandon.

Mais si la loi française s'applique par renvoi, la sanction du refus d'assistance, qualifié injure grave, devient double : l'offensé peut demander le divorce ou la séparation de corps.

§ 4. — *Secours*

Il reste le devoir de secours pour lequel le conflit présente des caractères particuliers, et ceci pour deux raisons : les deux législations présentent des différences notables, et d'autre part la notion française de secours, ayant pour fondement une obligation alimentaire, est d'ordre public.

Le devoir de secours existe en Droit anglais sous le nom de devoir d'entretien (*Maintenance*) (1). Mais il n'est

(1) Cf. Eversley, *op. cit.*, p. 147.

pas réciproque : le mari seul a la charge de pourvoir à l'entretien de sa femme suivant sa fortune et condition. Il s'en acquitte normalement en remettant à la femme de temps en temps une allocation déterminée ; mais s'il ne le fait pas la sanction est la suivante : qu'il y ait simple omission, mauvaise volonté, ou au contraire abstention involontaire (absence ou folie), la femme est protégée grâce au « pouvoir (ou mandat) tacite d'engager le crédit du mari » (1) que lui confère de plein droit cet état de choses, en vue des dépenses nécessaires eu égard à sa situation.

Si le mari abandonne sa femme, ou se conduit envers elle d'une façon qui provoque et justifie la rupture, par elle-même, de la vie commune (ce qui constitue encore, en Droit anglais, un abandon de la part du mari) (2), ce mandat tacite se mue en un « mandat de nécessité » (3) que le mari ne peut révoquer.

Quel qu'il soit, le mandat est limité aux objets nécessaires.

Le devoir d'entretien, et avec lui le mandat, sa sanction, cesse dans deux cas :

lorsque la femme vit séparée de son mari sans son consentement et sans que les circonstances justifient son attitude, (la même exception est admise en Droit français) (4) ;

lorsque, séparée de fait ou non, la femme s'est rendue coupable d'adultère ; à moins que le mari ait pardonné

(1) « Implied authority to pledge her husband's credit ».

(2) « Constructive desertion » : abandon interprétatif. Cf. *infra*, titre II, ch. 1^{re}, sect. 1, § 2, a.

(3) « Authority of necessity ».

(4) Cf. Planiol et Ripert, *Manuel* 1928, t. I, n° 905, p. 315.

cet adultère ou en ait été complice; (notre Droit n'admet pas cette seconde exception).

Quant à la femme, elle n'a pas, en Droit anglais, d'obligation de secours envers son mari (1). Elle peut seulement, si elle a des biens personnels, être condamnée en justice à rembourser à l'Administration locale de l'assistance les secours fournis au mari devenu indigent. Et son seul créancier, dans ce cas, est cette administration.

Cette non réciprocité du devoir d'entretien est sa principale différence avec la notion de secours du Droit français.

Ce sont les dispositions de la loi anglaise, que nous venons d'exposer, qui s'appliqueront normalement, en France, entre époux anglais, le devoir de secours étant, comme effet du mariage, soumis à la loi nationale.

Supposons la femme anglaise privée de secours ou même abandonnée. Son mari sera tenu des dettes contractées par elle pour ses besoins normaux d'existence. Sa position est donc meilleure que celle de la femme mariée française car, outre que sa pleine capacité facilite ces sortes d'engagements, elle a un pouvoir tacite même étant séparée de fait. La femme française au contraire, lorsque la vie commune a cessé ou que le mandat domestique a été valablement révoqué, en est réduite à demander en justice des aliments. La loi française n'a donc pas à intervenir au nom de l'ordre public. Elle interviendrait au contraire, et le tribunal français prononcerait des aliments, malgré la loi anglaise, au profit de la femme, coupable d'adultère, privée des secours volontai-

(1) Cf. Eversley, *op. cit.*, chap. VII, p. 147.

res de son mari. Car la faute commise, exception prévue par la loi nationale, ne peut être prise en considération en présence du principe d'ordre public d'obligation alimentaire entre époux.

C'est surtout en faveur du mari anglais que l'ordre public français interviendra. Que le mari dans le besoin ne puisse obtenir des aliments de sa femme parce que leur loi nationale n'admet pas d'obligation d'elle envers lui, pareille solution de conflit heurte l'ordre public attaché au caractère réciproque du devoir d'aliments entre époux. Le mari anglais obtiendrait en France des aliments, malgré la loi anglaise.

Enfin, le devoir de secours est sanctionné en France par la faculté réciproque de saisie des salaires admise entre époux par la loi du 13 juillet 1907. Cette disposition s'appliquerait-elle aux époux anglais ? Nous n'avons trouvé en réponse à cette question ni décision franco-anglaise ni d'autres décisions entre étrangers (1). Mais, la jurisprudence décidant de façon générale que les dispositions légales relatives aux créances d'aliments sont d'ordre public, nous pensons qu'elle appliquerait entre étrangers, en qualité de règle d'ordre public, la saisie de la loi de 1907 qui sanctionne l'obligation alimentaire. Parmi les auteurs deux opinions s'affrontent : M. Niboyet écrit au sujet de la loi de 1907 que « notre ordre public n'est pas intéressé à ce qu'une étrangère puisse administrer ses biens » (2). Cette opinion n'a trait qu'au libre salaire et aux biens réservés (3) (première partie de la

(1) Voir cependant une décision de Justice de Paix citée plus loin.

(2) Niboyet, *Manuel de Droit International Privé* 1928, p. 742, n° 631.

(3) Pour la femme Anglaise, qui déjà, en vertu de sa loi nationale,

loi) ; mais l'auteur ne donne pas de solution spéciale à la saisie-arrêt entre époux (articles 7 et suivants de la loi) et il y a lieu de croire qu'il lui appliquerait la même solution.

Mais si nous parlons ici de la saisie-arrêt entre époux ce n'est pas à cause du libre salaire auquel elle n'est pas uniquement destinée malgré le rapprochement de texte : en effet la saisie est une contre-partie nouvelle, donnée au *mari*, au droit nouveau de la femme, et en même temps une arme dont *chaque époux* dispose pour la sanction du devoir d'aliments qui seul nous occupe ici. A ce titre, son application aux époux étrangers peut fort bien dépendre, en conflit de lois, d'une règle différente de celle qui gouverne le salaire. M. Bartin ne va pas jusque-là car il aboutit à la même loi de conflit pour gouverner les deux questions. Mais il ne les lie pas l'une à l'autre : d'une part, à propos du régime matrimonial, il décide que la loi sur le libre salaire (1) doit s'appliquer aux étrangers parce qu'elle est une loi de police et de sûreté. Ailleurs, à propos du devoir de secours (2), il dit que la saisie-arrêt de la loi de 1907 doit s'appliquer entre époux étrangers parce qu'elle est matière de police et de sûreté.

Remarquons que l'application du principe de M. Bartin (il s'agit d'une règle de police) et l'application que

dispose de ses salaires et administre ses biens, la question n'aurait d'intérêt que si la loi de son Régime supposée applicable à ces questions, de préférence à la loi Nationale était une autre loi Etrangère plus restrictive que la loi Anglaise et que la loi Française.

(1) Cf. Aubry et Rau, 5^e éd., t. VII, § 500 *bis*, p. 467, texte et note 37.

(2) Cf. Aubry et Rau, 5^e éd., t. VII, § 470 *bis*, p. 210.

ferait probablement la jurisprudence de son principe général (c'est une règle d'ordre public) (1) aboutiraient en pratique au même résultat dans l'hypothèse qui est la nôtre : la loi française sur la saisie-arrêt s'imposerait aux époux anglais se trouvant en France.

Mais, ni en théorie pure ni en présence d'une hypothèse de conflit de lois plus générale, le choix du principe n'est indifférent parce que les caractères d'application d'une loi de police et d'une loi d'ordre public sont très différents. Et c'est ce qui nous détermine à proposer un avis et une distinction :

Nous pensons avec la jurisprudence que l'obligation alimentaire en général est d'ordre public international. Mais la saisie-arrêt de la loi de 1907, n'est, de ce devoir d'ordre public, qu'un mode d'exécution pratique, une sanction que le législateur moderne a voulue plus simple et plus rapide : la qualification de M. Martin, règle de police, nous paraît, pour elle uniquement, plus exacte.

Nous avons volontairement omis d'arguer ici du caractère d'ordre public interne de la loi de 1907, qui laisse entière la question d'ordre public international.

En définitive, il nous paraît certain que la loi de 1907 serait, en cas de litige, déclarée applicable, quant à la saisie-arrêt, entre époux anglais. Mais comme la loi n'a jusqu'ici donné lieu à aucune jurisprudence interne, la

(1) La seule décision sur la saisie-arrêt entre étrangers résidant en France que nous ayons trouvée décide que « l'article 78 du C. T. (l. du 13 juil. 1907) relatif au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage est une loi d'ordre public qui s'applique aux Etrangers » (Justice de Paix de Pont-Saint-Esprit, 19.1.1924, *Revue D. I. Privé* 1925, p. 139 et *Journal des J. de Paix* 1924, p. 137). Nous citons le sommaire paru à la Revue.

question restera, plus encore sur le plan international, pour longtemps purement théorique.

Avec cette dernière sanction du devoir de secours, nous avons achevé l'étude des conflits de lois relatifs aux devoirs réciproques entre époux anglais en France.

SECTION II. — POUVOIRS DU MARI ET CAPACITÉ DE LA FEMME

Les effets du mariage sur la personne des époux comprennent dans chaque législation, outre des devoirs réciproques, des modifications tantôt faibles tantôt profondes à la condition juridique de chaque époux. En Droit français, les modifications sont importantes. Elles se rattachent à un principe central : la puissance maritale, dont la conséquence principale est l'incapacité de la femme mariée. S'agissant d'époux anglais, la loi applicable à ces effets du mariage est, aux termes de notre système de conflit, leur loi Nationale anglaise, parce qu'ils se rattachent à l'Etat et à la capacité des personnes (art. 3, § 3 du C. civ.).

Or, à l'opposé du nôtre, le Droit anglais ne modifie que faiblement et fragmentairement par le mariage la condition juridique de tout individu majeur et maître de ses droits : le mariage ne donne à l'homme que des pouvoirs très restreints sur la personne de sa femme ; la femme mariée garde en principe sa pleine capacité, et les quelques règles isolées qui limitent son activité juridique ne procèdent pas d'une idée d'incapacité, absente du Droit anglais. Un exposé complet des notions anglaises ainsi définies ne peut prendre place dans le cadre de

notre Etude. Le sujet a d'ailleurs été longuement traité dans de nombreux ouvrages français (1).

En outre, l'étude du conflit de lois, que nous poursuivons ici, n'exige l'exposé des détails de la réglementation anglaise que pour certaines difficultés particulières. On trouvera donc ici, sur la base d'une comparaison sommaire entre les deux législations, l'étude des difficultés et des modalités d'application de la loi anglaise entre époux anglais en France.

La capacité de la femme anglaise est récente : A la suite d'une longue évolution des mœurs et de la jurisprudence, elle a été consacrée législativement par les Acts de 1870, 1882 et 1893. Mais le principe ancien qu'elle a remplacé différait sensiblement de la notion de puissance maritale dont dépend en Droit français l'incapacité de la femme.

Jadis, en vertu d'une fiction fort ancienne d'unité de personnes entre époux (2), la personnalité juridique de la femme anglaise s'effaçait à peu près complètement derrière celle de son mari ou « baron » qui avait sur elle un droit de protection ou « couverture » : la femme mariée s'appelait « feme covert » par opposition avec la « feme sole » (3). De la même fiction d'unité de personnes était tirée la conséquence que la femme ne pouvait avoir de biens à elle pendant le mariage et la ques-

(1) Cf. Sir Thomas Barclay, *La femme Anglaise*, Paris, 1896 ; Bertheau, *De la Capacité de la femme mariée Anglaise*, thèse, Paris, 1902 ; Chéron (André), *La femme mariée Anglaise en Angleterre et en France*, thèse, Paris, 1906 ; Deloison, *De la capacité de la femme mariée Anglaise envisagée dans son évolution historique*, thèse, Paris, 1921.

(2) « Unity of Spouses ». (Eversley, *Domestic Relations*, p. 150).

(3) Ces termes franco-normands ont subsisté dans la terminologie Anglaise moderne.

tion de sa capacité juridique à proprement parler ne se posait même pas.

La femme était ainsi à la merci de la gestion du mari. Aux palliatifs insuffisants qu'avait trouvés la jurisprudence d'équité, à la réforme partielle de l'Act de 1870, succéda, avec l'Act de 1882, un régime nouveau qui reconnaît formellement à la femme mariée le droit de posséder des biens séparés et d'agir sur ces biens en toute liberté comme si elle n'était pas mariée.

Le nouveau régime s'oppose logiquement à l'ancien système : la femme devient pleinement capable par cela seul qu'on lui reconnaît le droit d'avoir des biens séparés. Processus opposé à celui du Droit français où l'incapacité générale de la femme mariée fonctionne indépendamment de toute question de régime des biens. La capacité ainsi reconnue à la femme anglaise réduit à peu près à rien l'effet de la fiction d'unité et de la « Coverture » dans la mesure où elles entravaient son activité juridique. Les deux notions subsistent cependant, et c'est à elles qu'il faut encore rattacher les atteintes exceptionnelles à la libre activité de la femme, ainsi que le droit de « surveillance et garde » dont il nous faut maintenant parler.

§ 1^{er}. — *Obéissance*

Le droit de surveillance et garde (control & custody) (1), que le Droit anglais reconnaît au mari, doit être rapproché de la notion française de puissance maritale énoncée à l'article 213 du C. civ.

De même que notre article 213 pris isolément, la notion anglaise de « control & custody » consacre une dépendance personnelle de la femme vis-à-vis du mari.

(1) Cf. Eversley, *op. cit.*, p. 150.

Cette dépendance, d'où résultait jusqu'à une date récente un droit de correction au profit du mari anglais, a perdu de nos jours la plupart de ses anciens effets : le mari ne peut plus ni séquestrer sa femme, ni la réclamer à une tierce personne chez qui elle vivrait de son plein gré, ni la ramener de force à la maison commune, ni, nous l'avons vu, l'y faire ramener par la force publique. La dépendance de la femme est devenue pour le mari un droit peu précis et dépourvu de sanctions, dont on ne peut guère citer que trois effets : le mari ne peut être condamné ni pour viol sur la personne de sa femme, ni pour attentat s'il lui communique une maladie vénérienne ; il peut réduire sa liberté dans la mesure où il a lieu de craindre de sa part des actes portant atteinte à son patrimoine et à son honneur.

Le droit de « Control & Custody », ainsi défini, ne consacre plus aujourd'hui que la dépendance physique, toute relative d'ailleurs, de la femme. Il n'entraîne aucune des conséquences importantes que la puissance maritale a en Droit français et ne comporte même pas ce qui est la prérogative essentielle de cette dernière : le droit à l'obéissance.

Une pareille différence entre les deux législations révèle, sur la place assignée à chaque époux dans le ménage, un défaut de communauté juridique. On conçoit donc fort bien que l'application normale de la règle de conflit en soit compliquée d'une intervention de l'ordre public français. Nous exposerons le problème en étudiant la capacité proprement dite, afin de mieux faire ressortir la distinction qui s'impose entre les deux notions d'obéissance et d'incapacité. Mais il est une seconde notion, distincte elle aussi de la capacité, qu'il

nous faut auparavant étudier : celle du domicile des époux.

§ 2. — *Domicile des Époux*

L'article 108 du Code civil dispose en son premier alinéa que « la femme mariée n'a point d'autre domicile « que celui de son mari », règle qui confirme et que justifie celle de l'article 214 « la femme est obligée d'habiter avec le mari... »

a) *Unité du domicile.* — Le Droit anglais décide de même, et tire du principe de l'unité de personne entre époux la règle de l'unité du domicile. Dans un arrêt récent du Conseil Privé (1), Lord Merrivale l'affirme : « la règle anglaise de l'unité de domicile est une coutume vieille de six siècles... » l'Act Législatif de 1857 sur les causes matrimoniales confirme d'ailleurs cette disposition coutumière.

Mais l'alinéa 3 de l'article 108 du Code (loi du 6 février 1893) porte que « la femme séparée de corps cesse d'avoir pour domicile légal le domicile de son mari ».

Le Droit anglais au contraire ne connaît pas d'exception analogue au principe de l'unité du domicile : La femme, même séparée de corps, ne peut acquérir de domicile particulier.

Comme, en Droit anglais, le domicile détermine la compétence (2) générale, judiciaire et législative, notamment pour les causes matrimoniales, la conservation,

(1) Commission Judiciaire du Conseil Privé, 18.2.1926, 134 L. T. R. 717, Clunet 1927, p. 173 (Avocat Général de l'Etat d'Alberta (Canada), contre Cook ; en appel de la Cour Suprême d'Alberta).

(2) Cf. Dicey, *The Law of Domicil*, 1879, p. 153, article 21.

par la femme séparée de corps, du domicile du mari a pour elle de sérieuses conséquences. La Cour d'Ecosse, au cours du XIX^e siècle, tout en admettant en principe l'unité de domicile, décida que la femme avait pu, dans certains cas acquérir un domicile « matrimonial » spécial, c'est-à-dire un domicile séparé, qui détermine la compétence judiciaire et législative dans une action « matrimoniale » (1). Mais la Chambre des Lords, jugeant en dernier ressort, s'en tenait à la stricte application de la règle d'unité de domicile (2).

On cite cependant deux juges anglais qui admirent l'acquisition d'un « domicile matrimonial » par la femme séparée de corps ou victime d'un abandon avec circonstances graves. Leur opinion n'a pas prévalu même en Ecosse où le domicile matrimonial ne serait plus admis que comme exception d'équité à la règle d'unité de domicile (le mari ne peut, en changeant son domicile priver la femme du droit au divorce), ou comme principe de compétence territoriale inspiré du droit criminel lorsque l'injure a été commise en Ecosse (2).

Le Droit anglais actuel reste donc fortement attaché à la doctrine intégrale de l'unité de domicile entre époux. Plus strict que la jurisprudence écossaise même récente, il n'accorde à la résidence de la femme séparée judiciairement ni le caractère ni les effets d'un domicile légal, et n'en tiendrait compte que très exceptionnellement, par mesure de protection indispensable (3).

(1) Cf. G. H. Orichton, *Clunet* 1924, p. 805, *Le Domicile Matrimonial dans la législation Ecossaise*.

(2) *Ibidém.*

(3) Il est, en outre, une règle Anglaise qui vient efficacement au secours de la femme abandonnée en Angleterre par un mari qui pré-

C'est encore l'arrêt du Conseil privé, déjà cité (1) pour le principe d'unité, qui exprime le plus nettement son caractère absolu en décidant qu'une femme séparée de corps ne peut obtenir, des tribunaux d'un domicile par elle choisi, le divorce en application de la loi en vigueur à ce domicile.

La décision s'appuie sur une longue étude des précédents et de leur doctrine, ainsi que sur le caractère même de la séparation judiciaire anglaise. Ce second argument, plus théorique qu'historique, peut s'énoncer ainsi : il résulte de la jurisprudence remontant aux cours ecclésiastiques qu la séparation judiciaire ne modifie pas le statut créé par le mariage et tombe d'elle-même par l'effet d'une réconciliation. D'une situation juridique aussi peu caractérisée et aussi instable, la femme ne peut tirer de droit à un changement de domicile.

En résumé, la comparaison des législations française et anglaise révèle l'existence d'un principe commun : l'unité de domicile entre époux. Mais, quand on passe à l'application du principe, une différence importante apparaît : en France, la séparation de corps fait perdre à la femme le domicile du mari, tandis que la femme séparée anglaise conserve pour domicile celui du mari. Entre les deux législations un conflit de lois apparaît donc ici. Sa solution dépend-elle de la loi applicable aux effets de

tend avoir acquis au loin un domicile de choix : c'est la permanence de plus en plus affirmée du domicile d'origine Anglais. La femme est ainsi protégée par le contrôle sévère auquel sont soumises les causes du choix prétendu d'un domicile nouveau par le mari (Cf. récemment *Divorce Div.*, 8.12.1926, *Times* 8.12.1926, *Clunet* 1927, p. 750 : *Cheleysmore c. Cheleysmore*.

(1) Cf. *supra*, p. 28, note 1.

la séparation de corps ou de la loi applicable à la détermination du domicile ?

Mais cette question de conflit de lois n'est pas la seule qui se pose ici : le problème doit être élargi, car, même pour le point rendu indiscutable par l'identité entre les législations, à savoir l'unité de domicile pendant la vie commune, il faut savoir s'il s'agit du domicile au sens français ou au sens anglais du mot. Il faut savoir si nous parlons du domicile-principal établissement ou du domicile-rapport juridique entre une personne et un lieu.

Il va de soi que le problème ainsi élargi n'est pas du ressort de notre étude. L'importance déjà mise en valeur (1), de la notion de domicile et de son rôle en Droit anglais nous amène cependant, dès le début de cette étude, à en mentionner la solution à propos des pouvoirs du mari et du domicile entre époux.

Ce qui complique l'étude du conflit de lois relatif au domicile, c'est d'abord le fait que la question ne se pose presque jamais isolément, mais, en général, à propos d'un autre rapport de droit (2) ; c'est ensuite le fait que les décisions rendues tranchent le conflit de lois sur la question principale, après avoir décidé du domicile, question préalable, comme si c'était un problème de pur droit interne alors que c'est un problème préliminaire de conflit de lois.

b) *Notion anglaise de domicile.* — En Droit anglais, le domicile est un « rapport créé par la loi entre un « individu et une localité ou un pays donné » (3). Cha-

(1) Cf. *supra*, pp. 7 et 28.

(2) Successions, Régime Matrimonial, etc...

(3) Lord. Westbury, dans *Bell c/ Kennedy*, 1868 (L. R. 1 P. D., A. 320).

que individu, à sa naissance, est rattaché à un lieu qui est le lieu du domicile légal (1) de ses parents : groupement ou classement automatique et élémentaire des individus, qui s'appelle domicile d'origine. Sans que la volonté intervienne dans sa désignation, le domicile d'origine est l'attribut (2), la marque qui constitue, aux yeux du Droit anglais, le principe de souveraineté, rôle que joue en France la nationalité. L'individu y reste soumis jusqu'au jour où, maître de ses actes, il veut en choisir un autre.

Ce dernier, appelé domicile de choix, résulte d'un double élément : la résidence dans un lieu nouveau jointe à l'intention de se fixer définitivement à ce lieu en qualité de principal établissement.

Si ces conditions sont imparfaitement remplies, le domicile d'origine subsiste ; si elles cessent d'être remplies (toutes deux ou l'une seulement) le domicile d'origine reparaît. Car le domicile d'origine, étant unique et facile à prouver, est de qualité supérieure. Il peut y avoir plusieurs domiciles de choix successifs, il suffit qu'ils disparaissent, ou qu'ils ne soient pas valables, pour que le domicile d'origine, essentiellement durable, reparaîsse (3).

(1) Ce peut être leur domicile d'origine ou leur domicile de choix, et dans le premier cas le fait constitutif du domicile se dérobe encore. C'est seulement dans la mesure où sa non-répudiation en fait un domicile de choix tacite qu'il est pour nous une réalité et non une fiction légale reculant sans cesse.

(2) Cf. A. Marion, thèse, Paris, 1906, *La loi du Domicile en matière successorale selon la jurisprudence Anglaise*, p. 98.

(3) La comparaison du domicile au sens Français et du domicile dans la conception Anglaise ainsi que l'exposé de la construction doctrinale par les juges Anglais des notions de domicile d'origine et de

La permanence et la fixité du domicile d'origine se sont encore accrues en raison de la sévérité avec laquelle le juge anglais, dans les décisions les plus récentes, scrute les mobiles de l' « animus manendi » : il lui faut la preuve certaine que le libre arbitre a seul présidé à la décision. On l'a vu refuser d'admettre un domicile de choix faute d'une certitude absolue sur le défaut d'esprit de retour (1), refuser toute valeur au choix, par ailleurs certain, mais exercé sous l'empire de la nécessité (raisons de santé) (2), écarter également la preuve résultant des déclarations d'intention pour s'en tenir à l'intention dégagée des actes eux-mêmes (3), admettre la réapparition automatique du domicile d'origine par la perte du domicile de choix non remplacé (4), refuser d'induire l'intention de changer de domicile « d'une attitude d'indifférence ou d'une répugnance à se déplacer, grandissant avec l'âge » (5). Tout récemment enfin, le choix d'un prétendu domicile étranger,

domicile de choix ont été faits par M. Lévy-Ullmann à son cours de Doctorat (Faculté de Paris, 1931-1932).

(1) Cf. *Winans c/ Procureur Général*, 10 mai 1904 (*T. L. R.*, vol. XX, p. 510); *Huntley c/ Gaskell* (*H. of L.* 12, 13 & 15.12.1905, *L. T.* 18.3.1906, Cl. 1906, p. 843).

(2) Cf. *Succession James, Chancery*, 13.2.1908 (*L. T. R.*, vol. XCVIII, p. 438, et Cl. 1910, p. 1261).

(3) Cf. *Cheleysmore c/ Cheleysmore*, cité *supra*, p. 30, et inversement *Annesley Davidson c/ Annesley* (*Chancery* 21.5.1926, 42 *L. T. R.* 584, Cl. 1927, p. 470) où malgré l'intention déclarée dans un testament de conserver le domicile d'origine, la Cour tire des faits l'intention certaine d'acquérir un autre domicile.

(4) Cf. *Fleming & another c/ Horniman* (*Divorce Div.* 7.2.1928, Clunet 1928, p. 749).

(5) Cf. *Bowie or Ramsay c/ Liverpool Royal Infirmary* (*H. of L.* 27.5.1930, Clunet 1931, p. 185).

fondé sur le désir d'éviter le paiement de l'impôt anglais sur le revenu, fut déclaré sans effet (1).

Le Droit anglais a donc accentué récemment encore la fixité du domicile d'origine. Du point de vue international il en résulte que la matière du statut personnel soumise en Droit anglais à la loi du domicile en tire une stabilité très comparable à celle que le Droit français obtient en soumettant les mêmes matières à la loi nationale. Et cela est également vrai du domicile de choix car son acquisition authentique implique véritablement une volonté ferme de confier son statut personnel à une nouvelle souveraineté, celle du lieu du nouveau domicile : si le changement de statut est l'effet de ce changement de domicile, l'intention de changer de statut est elle-même indispensable au changement de domicile. Aussi, l'expression « demi-nationalité » (2), désignant le domicile, est-elle particulièrement juste pour le domicile au sens anglais du mot ; le domicile de choix pourrait aussi bien être appelé « demi-naturalisation ».

Nous sommes très loin de la notion française de principal établissement, et c'est ce qui donne tant d'importance à la détermination de la loi applicable au domicile, que nous reprenons maintenant.

c) *Loi applicable en général à la détermination du domicile.* — La principale hypothèse pratique, nous l'avons dit, est celle où, pour résoudre un litige entre

(1) Cf. Bryce c/ Bryce (Divorce Div. 15.12.1932, *L. T.* 174, p. 491) : le commentaire au Clunet (1933, p. 414) ne rapporte pas ce mobile dont le rôle dans la solution du procès fut déterminant.

(2) M. Niboyet, note sous un arrêt de la C. Paris 12.4.1929, Sirey 1930.2.129, de Marchi c/ de Bagneux.

étrangers, le juge français doit au préalable dire où est situé leur domicile.

Pour dire où est situé le domicile, il lui faut auparavant dire de quel domicile il s'agit ? domicile au sens français ou domicile au sens où l'entend la loi étrangère ? Certains auteurs (1) ont ici parlé d'un conflit de qualification. Or qualifier un rapport de Droit c'est le classer dans un groupe de rapports de droits soumis à une règle commune de conflits, c'est le « catégoriser » (2). Ici il ne s'agit de rien de tel, mais de savoir à quelle loi il faut demander de définir le contenu du concept de domicile : c'est un problème préliminaire de conflit de lois sur la détermination du domicile. Pour les raisons que nous avons dites, ce problème est mal isolé en jurisprudence, mais il est bien connu de la doctrine (3).

Comme l'explique M. Levasseur dans sa thèse sur la loi applicable à la détermination du domicile, la jurisprudence ne fournit pas une solution théorique précise du problème mais trois tendances.

Ayant à décider, à propos d'un conflit de lois, le lieu du domicile, certaines espèces appliquent à sa détermination la définition française du domicile sans même justifier le choix de la loi française.

(1) Cf. Clunet 1910, p. 1261, note de M. Raphaël Rougier sous un arrêt Anglais (Succession James), s'agissant du domicile dans le fonctionnement du Renvoi.

(2) Lévy-Ullmann, *Cours de Doctorat* 1932-1933.

(3) Cf. Levasseur, *La détermination du domicile en Droit International Privé Français*, thèse, Paris, 1931. Cet ouvrage contient une étude des décisions les plus diverses de Droit international qui ont comporté une détermination du domicile ; il propose ensuite une formule absolument générale indiquant, pour tous les cas, la loi qui doit fournir la définition du domicile.

D'autres semblent apercevoir le conflit mais, sans le résoudre, elles admettent alors comme domicile le lieu qui répond aux définitions cumulées des deux législations française et étrangère en conflit. Enfin le plus grand nombre des décisions suit, pour le domicile question préalable, la règle de conflit adoptée pour le problème principal. Si le fond du Droit est régi par la loi anglaise, comme loi nationale des parties, par exemple, la question de domicile qui se pose à son sujet sera également résolue selon la définition anglaise du domicile. Nous donnons un exemple correspondant à notre hypothèse spéciale d'extranéité. En fait, elle fournit une partie appréciable des décisions, car il va de soi que le domicile est surtout discuté lorsque l'une des législations susceptibles d'en fournir la définition fait une large place à ses effets : telle la loi anglaise, qui fait dépendre l'état des personnes du domicile, et qui sera invoquée comme telle en France en vue du renvoi.

M. Levasseur approuve et systématise la tendance dominante de nos tribunaux à apprécier le domicile d'après la loi appelée à gouverner le conflit principal, quand il donne la formule générale de solution de conflit que voici : « c'est la loi qui a déterminé l'effet du domicile qui seule doit en déterminer le lieu » (1).

Mais la tendance récente de la doctrine (2) est plutôt d'appliquer en tout état de cause la loi française à la définition du domicile, quelle que soit la loi applicable au conflit principal. Elle invoque en ce sens le caractère de Droit public que, notamment dans les récentes assem-

(1) Levasseur, *thèse précitée*, p. 94.

(2) M. Niboyet, *note précitée*.

blées internationales, on tend de plus en plus à reconnaître au domicile par rapprochement avec la nationalité. N'est-il pas d'ailleurs une « demi-nationalité » ? (1).

Faute d'une règle de conflit indiscutée, le choix à faire entre ces deux doctrines opposées doit s'inspirer ici du caractère que nous avons reconnu au domicile selon la définition anglaise. Malheureusement, il paraît fournir un argument en faveur de l'une et de l'autre.

Il est contradictoire d'appliquer par renvoi une loi désignée par la règle anglaise du domicile et de définir en même temps ce domicile par la législation française, qui ne lui connaît pas la stabilité qu'exige un principe de compétence aussi important. Donner ses effets à la loi anglaise du domicile cela exige qu'on lui maintienne toutes les garanties anglaises : c'est la justification du critérium de M. Levasseur.

A l'inverse on peut prétendre que s'il est une législation dans laquelle le domicile a le caractère de règle de Droit public c'est bien la législation anglaise où il est organisé comme principe de souveraineté aussi solidement que l'est en France la Nationalité. Le domicile anglais condamne, par sa notion même, l'idée d'emprunter à une loi autre que la *lex fori* la définition du domicile même de sujets anglais.

En réalité peu importe le caractère de droit public (au sens français du mot), de la notion de domicile (selon sa définition anglaise). La loi française en tant que loi de droit public ne gouverne obligatoirement que les notions qui sont de Droit public selon le contenu qu'elle-même leur assigne.

(1) M. Niboyet, *note précitée*.

Or, il nous paraît difficile d'admettre que le domicile, tel qu'il est réglementé au Code civil, soit autre chose qu'une notion de Droit privé.

Dès lors nous appliquerons à la détermination du domicile la loi qui gouverne les effets du domicile. Spécialement nous dirons que les sujets anglais, chaque fois que la disposition française de conflit permet à la loi anglaise du domicile de s'appliquer, seront soumis à cette même loi anglaise pour la définition du domicile.

Le long développement que nous venons de consacrer au domicile anglais et au domicile en conflit de lois doit servir à l'ensemble de notre travail : chaque chapitre y renvoie. Nous l'avons introduit à propos du domicile conjugal auquel il nous reste à en faire l'application.

d) *Loi applicable spécialement à la détermination du domicile des époux.* — La question de conflit de lois relative au domicile des époux anglais était la suivante : le juge français décidera-t-il, comme le veut leur loi nationale, qu'après la séparation de corps ils ont encore un domicile commun, et définira-t-il ce domicile d'après la loi anglaise ? Ou bien décidera-t-il, aux termes du Code civil (article 108), que la femme séparée cesse d'avoir pour domicile celui du mari, les nouveaux domiciles étant du même coup définis selon la loi française ?

L'application de la formule à la question se fait suivant une distinction :

1° Si la question qui se pose est celle du domicile de la femme anglaise, déjà séparée de corps par le tribunal français, l'unité ou la dualité de domicile ainsi que sa définition même dépendent du genre de séparation prononcée : celle du Droit anglais (loi nationale) ou du Droit français (loi de renvoi), parce que le domicile est

alors un effet de la séparation et que les effets dépendent de la même loi que les causes admises pour la prononcer ;

2° si au contraire la question de domicile se pose à propos de la recherche de la loi applicable à la séparation de corps demandée en justice, cela implique que le juge admet le renvoi à la loi du domicile par la législation anglaise *ainsi appelée à déterminer les effets du domicile*. C'est précisément le cas de la formule proposée : la même loi, loi anglaise, appelée à déterminer les effets du domicile, sera consultée pour en préciser la nature, bien que, en définitive, le résultat soit une séparation de corps du Droit français.

C'est ainsi, nous semble-t-il, que le conflit de lois relatif au domicile conjugal doit être résolu.

Les principes généraux exposés à cette occasion seront repris et utilisés dans la suite notamment pour le divorce et la séparation de corps et généralement chaque fois que se posera le problème du renvoi à la loi du domicile.

Ils ont moins d'importance, nous le verrons, dans la question que nous abordons maintenant : le conflit de lois relatif à la capacité proprement dite.

§ 3. — *Capacité de la femme*.

a) *Loi anglaise*. — L'incapacité générale dont le Droit français frappe la femme mariée s'affirme à trois points de vue qui occupent à peu près toutes les formes de l'activité juridique : conventions, actes d'acquisition et de disposition, droit d'ester en justice.

Sur ces trois chapitres la loi anglaise reconnaît au contraire à la femme mariée la pleine capacité.

1° La loi française exige l'autorisation maritale pour que la femme s'oblige valablement par conventions (1) ; le droit anglais décide au contraire que « la femme sera capable de s'obliger par contrat... » (2) et ceci même si elle ne possède pas de biens séparés au moment même du contrat : elle grève par ses contrats les biens qu'elle possède ou possédera dans la suite (3). Aucune autorisation, aucun concours ni contrôle du mari n'est exigé : la notion proprement dite d'autorisation maritale n'a d'ailleurs jamais existé même avant la législation actuelle puisque lorsque la femme, en « Common Law », ne pouvait s'engager, c'était seulement faute d'avoir une personnalité juridique distincte de celle du mari, faute par conséquent de posséder des biens personnels ;

2° la loi française exige également l'intervention du mari pour les acquisitions, aliénations et créations de droits réels (4). Le Droit anglais décide au contraire que « la femme mariée sera capable d'acquérir, de détenir et « de disposer, par testament ou autrement, de tous biens « immeubles ou meubles, comme propriété séparée, de « même manière que si elle n'était pas mariée et sans « l'intervention d'aucun trustee » (5) ;

3° enfin, tandis que le Code civil défend à la femme d' « ester en jugement sans l'autorisation de son

(1) Coutume de Paris : art. 234 ; Code civil : argument tiré de l'art. 220, art. 1124 et 1125.

(2) *Married women's property Act* 1882, art. 1^{er}, § 2^o ; cf. trad. notice et notes par sir Thomas Barclay à l'*Annuaire de législation étrangère* 1883, p. 329.

(3) *Married women's property Act* 1893, art. 1^{er}, a, b, c ; cf. notice et trad. par J. Leydet à l'*Annuaire de lég. étr.* 1895, p. 9.

(4) C. civ., art. 217.

(5) *Act* de 1882, art. 1^{er}, § 1^{er}.

« mari » (1), hors les cas où elle « est poursuivie en « matière criminelle ou de police » (2), le Droit anglais dispose que « la femme sera capable ...d'ester « en justice et d'être poursuivie, soit *ex-contractu*, soit « *ex-delicto*, à tous égards comme si elle n'était point « mariée, et il ne sera pas nécessaire de lui adjoindre « son mari, soit comme demandeur, soit comme défendeur » (3).

La femme anglaise jouit donc d'une capacité complète aux trois points de vue essentiels que l'on vient de distinguer.

L'Act législatif de 1882 d'où résulte cette capacité a d'ailleurs une portée plus large : on peut dire qu'il est la Charte de la femme mariée anglaise (4), car il énonce, outre le principe même, les règles d'ensemble du régime des biens entre époux (5), auxquelles il se rattache étroi-

(1) C. civ., art. 215.

(2) C. civ., art. 216.

(3) *Act* de 1882, art. 1^{er}, § 2. La notion générale de délits civils ou « Torts » a été spécialement étudiée par A. Gérard, *Les Torts ou délits civils en Droit Anglais*, thèse, Rennes 1910. Voir la traduction récente de Stephen, *Commentaire sur le Droit de l'Angleterre*, tome III, le *Droit des Contrats et des Torts*, par M^{lle} L.-M. Mitchell, parue dans la Bibliothèque internationale de Droit privé et de Droit criminel, que dirige M. Escarra (19^e éd. Angl. 1928, trad. Paris 1931).

(4) Son titre complet est *Act du 18 août 1882, unifiant et améliorant la législation relative aux biens des femmes mariées*, et son article 22 abroge la législation antérieure : *Act* de 1870 sur les biens des femmes mariées, et *Act* de 1874 modifiant le précédent.

(5) Cf. *infra* : Chap. II, *Effets du Mariage sur le régime des Biens*.

tement en Droit anglais comme nous l'avons dit plus haut (1).

Il contient enfin quelques règles particulières qui maintiennent, le plus souvent au nom du principe d'unité de personne, quelques différences entre la femme mariée et la « feme sole » :

Le mari et la femme peuvent agir et témoigner l'un contre l'autre en matière contractuelle, mais non *ex delicto* en matière de réparation civile à moins qu'il s'agisse de protéger les biens que la femme possède séparément (2).

Ils ne peuvent non plus se poursuivre devant les juridictions pénales pour des actes commis pendant la cohabitation, sauf soustractions frauduleuses commises lors de l'abandon (2).

Ces restrictions procèdent du principe coutumier d'unité de personnes. Il paraît en être de même de la suivante :

La femme qui a prêté ou confié à son mari, pour être utilisés dans son commerce ou son emploi, des sommes ou biens lui appartenant, vient dans la faillite du mari après les autres créanciers à titre onéreux. Jusqu'à leur désintéressement ces biens sont traités comme appartenant à l'actif du mari (3).

Nous citerons pour mémoire deux autres particularités de l'Act de 1882 opposant la femme mariée à la « feme sole » :

Bien que la faillite en Angleterre, ne soit pas restreinte aux commerçants, elle n'atteint la femme mariée

(1) Cf. *supra*, p. 26.

(2) Act de 1882, art. 12.

(3) Act de 1882, art. 3.

que si elle exerce un commerce tandis que la « femme sole » y est soumise, commerçante ou non. C'est une restriction « peu conforme à l'esprit général de la loi » (1) qui résulte d'une interprétation stricte de l'article 1^{er}, § 5 « toute femme mariée *exerçant un commerce* » « séparément de son mari est, relativement à ses « biens séparés, soumise aux lois sur la faillite comme « si elle était non mariée ».

D'autre part le droit pour chaque époux de contracter des assurances sur la vie n'est pas absolu. L'article 11 n'autorise pas le mari à assurer la vie de sa femme, car, n'ayant plus la jouissance de ses biens, il n'a plus à sa vie d'intérêt pécuniaire (2). Quant à la femme il lui est seulement défendu d'assurer la vie de son mari en faveur de ses enfants ; c'est en effet le seul mode d'assurance que ne prévoit pas, à son sujet, l'article 11 déjà cité.

Les restrictions qu'on vient de lire, procédant tantôt de l'ancienne fiction d'unité de personne et tantôt d'un simple argument de texte, ne portent pas atteinte à la règle de capacité proprement dite.

Le principe subit cependant une limitation d'un tout autre genre : si absolue que soit la loi de 1882, elle n'est pas, même de nos jours, applicable uniformément à toute femme mariée anglaise, le régime antérieur (3) moins

(1) Sir Thomas Barclay, *La femme anglaise*, Paris 1896, p. 32, note 3.

(2) L'Act de 1774 sur l'assurance (14 Geo. III, Ch. 48), décide en effet qu'une vie ne peut être assurée en faveur d'une personne qui n'y a pas intérêt. « Toutefois, dit M. Barclay (*op. cit.* p. 37, note 1), il faut présumer que si le mari avait un intérêt à la vie de sa femme, comme il arriverait s'il jouissait d'une rente pendant la vie de sa femme, il lui serait toujours permis d'assurer la vie de celle-ci ».

(3) *Acts* de 1870 et 1874, précités.

libéral subsistant dans une certaine mesure. Le partage entre les lois successives est même assez compliqué pour ce qui concerne le régime des biens (1). Pour la capacité, il se réduit aux règles suivantes :

La femme mariée avant l'entrée en vigueur de l'Act de 1882 (1^{er} janvier 1883) ne peut disposer librement que des biens acquis après cette date (2) alors que la femme mariée après cette date dispose librement des biens acquis avant comme après. Une présomption intervient heureusement, qui simplifie le plus souvent la mise en œuvre de cette distinction : l'article 12 de l'Act décide que tous les biens de la femme seront censés lui appartenir en qualité de biens séparés ; en conséquence, et jusqu'à preuve du contraire, elle pourra agir en toute liberté à leur sujet (3).

Les applications du régime antérieur à 1882 se font aujourd'hui assez rares, mais le problème inverse a pu se poser depuis la modification apportée en 1893 à l'Act de 1882. En vertu de l'Act de 1893 (4), la capacité de la femme mariée cesse d'être subordonnée à l'existence de biens présents : par ses contrats (5), ou dispositions à cause de mort (6), la femme qui ne possède pas de biens

(1) Cf. *infra*, chap. II.

(2) *Act de 1882*, art. 5.

(3) L'*Act de 1882* a ainsi renversé une présomption ancienne, déjà réduite par l'*Act de 1870*, selon laquelle tous les biens de la femme étaient censés soumis aux pouvoirs du mari (cf. Barclay, *op. cit.*, p. 31).

(4) *Act du 5 décembre 1893, modifiant l'Act de 1882 sur les Biens de la femme mariée*, précité.

(5) *Act de 1893*, art. 1^{er}, qui remplace les §§ 3 et 4 de l'article 1^{er} de l'*Act de 1882* (abrogés à l'art. 4).

(6) *Act de 1893*, art. 3. Cet article déclare applicable à la femme

séparés engage valablement ceux qui peuvent lui advenir après ces actes et jusqu'à sa mort.

Contrairement à l'Act de 1882 qui abroge les textes antérieurs et contient plusieurs dispositions transitoires, l'Act de 1893 s'ajoute purement et simplement à celui de 1882 qu'il modifie. En conséquence, il s'applique à toutes les situations régies par l'Act de 1882 comme s'il avait été rendu à cette date.

La question, certaine en Droit anglais (1), a même été tranchée en ce sens par un tribunal français qui a appliqué l'Act de 1893, considéré comme interprétatif, à une femme anglaise mariée avant son entrée en vigueur (2).

Nous concluons, de l'exposé du principe et des restrictions qu'il paraît subir, qu'aux termes de la dernière législation la femme mariée anglaise est douée de la pleine capacité pour tous les biens qu'elle possède séparément.

De cette constatation, nous allons essayer de tirer les conséquences en conflit de lois (3).

mariée l'article 24 de l'Act de 1837 sur les testaments aux termes duquel un testament produit effet du jour du décès.

(1) Il y a eu substitution partielle de textes, mais seulement à fin d'interprétation ; cf. notice précitée de Leydet à l'*Annuaire de Lég. étr.* 1895, p. 9.

(2) Trib. civ. Seine, 2.7.1897, Clunet 1898, p. 363 (Dame Garnier c/ Dame Digby).

(3) L'étude en est restreinte au conflit franco-anglais ; mais il nous faudra pour chaque point particulier rappeler en quelques mots l'état de la jurisprudence générale. A cet effet, nous avons consulté et nous citerons fréquemment le travail précieux et tout récent de M. E. Aubry, *L'incapacité de la femme mariée en Droit international privé français*, thèse, Paris 1933.

b) *Solution normale de conflit.* — L'application normale de la règle française de conflit aux époux anglais en France assure à la femme la reconnaissance de la pleine capacité telle que la lui accorde sa loi nationale seule compétente aux termes du Code civil, article 3, § 3 ; conflit simple qui se résoud de lui-même par la simple preuve de la loi étrangère.

La capacité se présume-t-elle ? — Cependant, la nécessité d'une intervention du mari dans tous les actes importants de sa femme est en France d'une application tellement courante que la preuve d'une disposition étrangère aussi opposée à nos mœurs juridiques revêt tant en justice que dans la pratique notariale et privée une importance particulière.

La jurisprudence a tantôt présumé la capacité de la femme étrangère (1) et tantôt exigé de sa part la preuve que sa loi nationale lui accordait en fait la pleine capacité. L'arrêt le plus récent (2) consacre la seconde solution, seule admissible si l'on considère que faute de preuve du contenu de la loi étrangère, question de fait, le juge français applique la loi française que seule il est censé connaître (3).

L'arrêt le plus récent concernant une femme mariée anglaise fut rendu en 1890 par la Cour de Rennes (4) qui lui refusa le droit d'ester en justice sans autorisation

(1) Le plus souvent à cause d'une confusion de cette question de conflit avec celle de jouissance des droits (cf. Aubry, *op. cit.*, p. 134).

(2) Paris, 6.2.1913 (*Revue* 1913, p. 833, dame de Péthion).

(3) Cf. Aubry, *op. cit.*, p. 134.

(4) C. Rennes, 7.2.1890 (*Clunet* 1891, 209 et *Dall.* 1891.2.180 : dame Picot). Un arrêt très ancien (Cour impériale de Bruxelles, 29.8.1811, *Sirey* 1812.2.264), concernant également une femme anglaise, était

« attendu que la dame Picot, qui est de nationalité étrangère, ne justifie point qu'elle soit dispensée par le statut personnel qui la régit d'obtenir pour ester en justice une autorisation... ».

La femme anglaise devra donc prouver que sa loi nationale lui accorde la pleine capacité. Ajoutons qu'il peut dans certains cas être utile qu'elle fasse en même temps la preuve de la présomption anglaise mentionnée ci-dessus (1) selon laquelle elle est censée avoir la libre disposition de tous ses biens personnels, ce qui écarte la recherche *a priori* de clauses de trust ou des autres clauses restreignant la libre disposition, qui auraient pu frapper les biens entrant dans son patrimoine. En pratique, lorsque nos tribunaux ont à reconnaître la capacité de la femme mariée anglaise, c'est le plus souvent afin de la dispenser soit de l'autorisation maritale, soit de l'autorisation de justice, quand elle est en jugement (2). Dans les autres cas, il s'agit de reconnaître la validité d'engagements contractés par elle seule sur ses biens personnels (3).

Mais le principe de capacité est aujourd'hui rarement débattu en justice car il tend à devenir familier au public,

arrivé au résultat opposé en arguant à tort de la jouissance des droits civils : « l'appelante ne peut invoquer les lois de l'Empire français comme régulatrices de ses droits civils matrimoniaux » (Perdrizet c/ Smith).

(1) *Supra*, p. 44.

(2) Cf. C. Bruxelles (Française), 29.8.1811, Sirey 1812.2.264 (Perdrizet c/ Smith); Trib. Seine, 6.8.1878, Clunet 1879, p. 62 (Meux c/ Erick); Trib. Libourne, 26.3.1896, Clunet, 1897, p. 1036 (Faulkner c/ Lee); Trib. correctionnel Boulogne-sur-Mer, 26.1.1927, *Revue Droit international privé*, 1928, p. 491 (D... c/ M...).

(3) Cf. C. Paris 17.6.1899, Clunet, 1900, p. 138 (Digby c/ Redfern).

comme l'est l'émancipation de la femme anglaise d'une façon générale.

Quant aux incapacités spéciales, la loi anglaise n'en admet aucune qui, à l'image de l'ancienne incapacité velléienne ressortirait à la loi nationale.

La femme anglaise est parfois privée par convention du droit d'aliéner ses biens ou d'anticiper sur ses revenus (« restraints on anticipation »). Mais cette clause dont il sera parlé dans la suite ne constitue pas une incapacité : il faut la rapprocher de l'inaliénabilité dotale.

c) *Obstacles à l'application normale de la loi nationale.*

α) *Le Renvoi.* — L'application normale de la loi nationale à la capacité de la femme peut, comme toute solution normale de conflit, se heurter à trois ordres de difficultés : celles qui naissent du renvoi, celles que soulèvent les questions de qualification, et celles qui relèvent de la notion d'ordre public. Cette distinction aujourd'hui classique servira de plan à notre étude, car les trois questions y interviennent tour à tour.

L'application de la loi anglaise à la capacité de la femme mariée anglaise peut-elle être écartée en vertu du renvoi ?

Admettre le renvoi c'est, lorsqu'on rencontre, dans une législation étrangère reconnue compétente en vertu de nos règles de conflit, une disposition donnant sur la même question compétence à une autre législation, s'adresser à cette dernière pour régler la question posée. Le renvoi, très contesté en doctrine (1), est admis par

(1) La majorité des auteurs qui ont étudié le renvoi ont conclu à son rejet, principalement MM. Lainé, Labbé, Pillet, Bartin et Niboyet. Mais on sait que M. Weiss l'admettait (cf. *Manuel de D. I Privé*, 9^e éd., 1925, p. 386). Et de même M. le Conseiller Colin, dont

l'ensemble de la jurisprudence, tout au moins lorsqu'il aboutit à l'application de la loi française comme loi de renvoi. Or dans notre hypothèse le renvoi peut-il intervenir ?

La règle française de conflit (C. civ., art. 3, § 3) désigne comme compétente la loi anglaise qui à son tour soumet l'état des personnes (Status) à la loi en vigueur au lieu de leur domicile.

Nous sommes donc en présence d'une hypothèse où le renvoi paraît pouvoir fonctionner.

En pratique, les tribunaux ont rarement eu à se prononcer sur la question, car la femme n'a intérêt à répudier ainsi sa loi nationale, en principe plus favorable, que pour se libérer de ses créanciers en faisant annuler ses engagements ; et dans ce cas c'est principalement la notion de fraude que le tribunal fera intervenir. Toutefois, dans l'ensemble des décisions rendues sur le renvoi et la capacité de la femme en général, plusieurs concernent la femme anglaise.

En 1893, le tribunal de la Seine refuse le renvoi et déclare en conséquence une femme anglaise domiciliée en France pleinement capable selon sa loi nationale (1).

il n'est pas indifférent de rappeler ici le titre de praticien. M. Lévy-Ullmann admet l'application de la loi du domicile, en constatant que ce n'est pas à proprement parler un renvoi, mais la saine interprétation de l'art 3, § 3 du C. civ. (cf. *Cours de Doctorat*, Paris, 1933-1934). M. Lerebours-Pigeonnière (Clunet 1934, pp. 177 et suiv.), propose d'adopter la compétence subsidiaire de la loi du domicile pour l'Etat des Etrangers dont la nation admet pour principe de souveraineté le domicile et non la nationalité (cf. notre conclusion). Pour une bibliographie complète de la question du renvoi, cf. Potu, *La question du renvoi en Droit international privé*, thèse Dijon, 1913.

(1) T. Seine, 10.2.1893, Clunet 1893, p. 530 (X. c/ dame Y.).

Mais, l'année suivante, une femme anglaise domiciliée en France est déclarée incapable selon la loi française reconnue applicable par renvoi (1).

Plus récemment, le tribunal de Pau (2), statuant sur la capacité d'une femme américaine domiciliée en France, applique, en vertu de la règle du domicile que contient également sa loi nationale, l'incapacité du Droit français : le renvoi est admis dans cette espèce absolument comparable au conflit franco-anglais.

Les rares fois où elle ait eu à se prononcer la jurisprudence tend donc à admettre le renvoi en matière de capacité comme elle tend à l'admettre en général (3).

Remarquons que les deux décisions opposées relatives à des femmes anglaises furent rendues toutes deux longtemps après que la capacité de la femme anglaise eût été formellement reconnue par l'Act sur les biens séparés de la femme (1882) ; leur divergence provient donc bien de l'attitude différente des tribunaux en face du renvoi et non d'un changement constaté dans la loi nationale interne.

Même ainsi réduite, la question nous paraît avoir été tranchée de façon très sommaire ; en effet, toutes les fois qu'un tribunal a à se prononcer sur le renvoi, il lui faut :

(1) T. civ. Pontoise, 11.7.1894 (Clunet 1895.105, Abdy c/ Delpey).

(2) T. civ. Pau, 28.7.1904 (Clunet 1905.195). L'admission du renvoi par le Tribunal de Pau contraste avec l'attitude ultérieure de ce Tribunal et de la Cour de Pau qui refuseront le Renvoi malgré les arrêts de Cassation qui l'admettent en termes généraux.

(3) Depuis l'arrêt Forgo (Cass. civ., 24.6.1878 ; Sirey, 1878.1.429). Cette jurisprudence, confirmée en Cassation, est suivie par l'ensemble des Cours et Tribunaux, à part quelques exceptions, notamment dans les ressorts de Douai et de Pau.

1° prendre parti sur le renvoi en théorie générale ;

2° décider s'il est applicable au cas particulier ;

3° obtenir la preuve que la loi étrangère contient une disposition de renvoi à la loi française s'appliquant au rapport de droit en litige ;

4° constater que les conditions de fonctionnement de ce renvoi sont bien remplies : qu'il y a domicile en France. Les décisions rapportées ne répondent précisément qu'à la première question : validité du renvoi en général. C'est seulement dans une décision plus récente (1) que sera discutée l'application à la capacité du renvoi supposé admis en général. On a soutenu en effet que la règle de conflit qui gouverne le statut personnel (C. civ., art. 3, § 3) s'opposait par son caractère d'ordre public à l'application du renvoi qui aboutit à lui faire échec, et ceci quand bien même le renvoi serait admis en théorie générale.

Mais ces deux premiers points dépassent le sujet de ce chapitre par leur caractère de controverses générales. Nous parlerons donc ici seulement des deux dernières questions spéciales : loi du domicile et domicile exigé, que les décisions citées traitent de façon sommaire.

1° la capacité de la femme mariée est une des matières que le droit anglais soumet à la loi du domicile. Celle-ci, en effet, selon Dicey (2) « ...régit les droits relatifs à

(1) Cf. T. civ. Basses-Pyrénées (sect. Pau), 28.5.1930, époux L., *Revue D. I. Privé* 1930, p. 690, *Clunet* 1931, p. 1092 : le renvoi ne s'appliquerait qu'aux successions mobilières et au régime matrimonial ; il ne s'appliquerait pas « en matière de statut personnel, capacité juridique, validité de mariage ou cause de divorce ».

(2) Dicey, *The Law of Domicil*, éd. 1879, p. 10, article 21 ; Dicey, *Le Statut Personnel Anglais*, trad. Stocquart, vol. 1, p. 283 (éd. 1887).

« l'état (status) ou à la capacité des personnes, au mariage, au divorce, aux meubles ». Au sujet spécialement de la capacité, on trouve, dans la doctrine moderne, cette règle : « la capacité de la femme mariée d'agir en toute matière est déterminée par la loi de son domicile ; ceci s'applique aussi bien à la capacité contractuelle que testamentaire » (1).

C'est ainsi, notamment, que la femme anglaise, domiciliée en France, qui s'engage sur ses biens avec l'assistance de son mari, a fait au regard du Droit anglais des contrats valables parce qu'ils sont réguliers selon la loi de son domicile, même à une époque (1844) où la femme anglaise n'a pas de capacité juridique (2).

De nos jours, et depuis l'Act de 1882 (3), la femme anglaise étant capable, les conventions qu'elle passerait seule en France, pays de son domicile, soulèveraient un problème exactement inverse. Faute de jurisprudence, étant donnée la généralité du principe du domicile, il faut répondre qu'elle serait soumise à l'incapacité de la loi de son domicile : ayant acquis un domicile en France, elle serait considérée par le Droit anglais comme incapable aux termes de la loi française. Il est curieux de constater que la loi anglaise émancipatrice arrive à ce résultat dont ne veulent pas, dans un pays où la femme est

(1) Burgin & Fletcher, *The Student's Conflict of Laws*, Londres 1928, article 24, p. 67.

(2) Affaire Guépratte c/ Young (1851. 4 de G. & Sw. 217, citée par Burgin & Fletcher, *loc. cit.*, c'est le cas directeur (leading case) en la matière.

(3) Cf. *supra*, p. 40.

incapable, nos adversaires du renvoi (1), Remarquons bien qu'il ne viendrait pas à l'esprit du juge anglais d'écarter par mesure d'ordre public la loi d'incapacité qui est évidemment contraire aux réformes anglaises modernes tendant à l'émancipation de la femme. Il est en effet un remède bien plus juridique : le correctif naturel de cette anomalie apparente, c'est la notion anglaise de domicile. La perte du domicile anglais, l'acquisition d'un domicile de choix en France sont soumises à des conditions si sévères (2) que le plus souvent la femme anglaise conserve, même vivant en France, son domicile d'origine, donc sa capacité. Si toutefois elle a pu acquérir en France un véritable domicile, cela implique, nous l'avons vu, une volonté certaine d'abandonner le statut ancien, de répudier la souveraineté fondée sur le domicile ancien. La preuve en est donc fort difficile à faire, et l'on voit qu'un tel principe de souveraineté, bien qu'il s'appelle domicile et non nationalité, n'en a pas moins une très grande stabilité : la capacité de la femme mariée anglaise est défendue par le Droit anglais lui-même contre le hasard des changements de résidence.

2° Notre dernière question : Quel domicile le tribunal français exigera-t-il pour appliquer par renvoi à la femme mariée anglaise l'incapacité du Droit français ? n'est qu'une application du problème général résumé au début de ce chapitre (3), celui de la loi applicable à la détermi-

(1) Ces auteurs appliquent impérativement la loi Nationale Etrangère en vertu du caractère impératif, d'autres disent d'ordre public, de l'art. 3, § 3, C. civ.

(2) Expliquées *supra* p. 29, texte et note 3, pp. 31 et suiv.

(3) Cf. *supra*, pp. 34 et suiv.

nation du domicile. Nous ajoutions, d'ailleurs, qu'il se posait surtout à propos du renvoi et la solution à laquelle nous nous rallions était de confier à la loi qui détermine l'effet du domicile (ici la loi anglaise qui en déduit la capacité) le soin de définir sa nature (1).

On arrive à la même conclusion en étendant au cas de renvoi admis par le juge français ce qui est dit plus haut du domicile anglais comme justification de la règle anglaise du domicile : ce qui est vrai en Angleterre l'est également en France, à savoir qu'à moins d'adopter la notion anglaise du domicile qui seule a la stabilité nécessaire, on ne peut raisonnablement soumettre la capacité de la femme au changement de domicile.

Nous concluons que la femme mariée anglaise peut être frappée, par l'effet du renvoi, de l'incapacité résultant du Droit français à condition de posséder en France non seulement son « principal établissement » mais même un domicile conforme à la notion anglaise. Cela suppose le renvoi admis en théorie, mais cela le fait reculer dans la pratique, et cette règle de conflit, si elle domine dans l'avenir, réduira encore les applications du renvoi en matière de capacité déjà peu fréquentes aujourd'hui.

Obstacles à l'application normale de la loi nationale :

β) *Qualification et ordre public.* — L'application normale de la loi nationale à la capacité de la femme mariée anglaise peut rencontrer en France d'autres obstacles que le renvoi.

(1) Cf. *supra*, pp. 36 et suiv.

Une loi différente peut être appelée à intervenir si le rapport de droit considéré, improprement rattaché aux questions de capacité, dépend en réalité d'une autre règle de conflit de lois.

D'autre part, l'application de la loi française peut s'imposer d'ordre public sur les questions pour lesquelles l'état du Droit anglais révèle un défaut de communauté juridique avec le nôtre.

On ne peut ici séparer ces deux problèmes : qualification et ordre public.

En effet, l'ordre public ne peut intervenir lorsque l'objet du conflit de lois est une pure question de capacité. Car si les règles relatives à l'incapacité de la femme ne souffrent en France aucune dérogation, elles ne sont pas pour cela d'ordre public international et ne sont donc pas applicables en principe à la femme mariée étrangère vivant en France. Mais pour toutes les situations touchant d'un côté à la capacité et de l'autre à des notions différentes, par exemple la puissance maritale, les biens réservés de la loi de 1907, le mandat domestique, l'ordre public est susceptible de reparaître dans la mesure où ces notions en dépendent, ce que nous allons essayer de préciser.

Auparavant, nous ferons observer qu'en parlant ici de qualification nous voulons simplement marquer les distinctions nécessaires entre la capacité proprement dite et les notions voisines qu'on vient d'énumérer : il ne s'agit pas de conflit de qualification, il ne s'agit pas de rechercher si la notion de capacité elle-même a ou n'a pas en Droit anglais le même caractère de notion de statut personnel qu'en Droit français. Le conflit de qualification,

s'il existe, se résoud par la *lex fori* : la qualification française l'emportera nécessairement.

Il est d'ailleurs douteux qu'il existe. Nous avons dit plus haut (1) que la capacité de la femme anglaise était apparue le jour où le droit de posséder des biens séparés lui fut reconnu. Mais, il n'est pas sûr pour cela que sa capacité soit aujourd'hui en Droit anglais une règle de statut réel, contrairement à la notion de capacité du Droit français qui est une règle de statut personnel.

Il semble bien au contraire, qu'en Droit anglais, la notion de capacité ait sa vie propre à côté du régime des biens en général.

C'est ainsi que l'Act de 1893, interprétant celui de 1882, décide que la capacité de la femme anglaise à contracter doit lui être intégralement reconnue même si, lors de ses conventions, elle ne possède pas de biens séparés (2).

C'est ainsi qu'en traitant du Statut personnel (Status) les auteurs anglais de Droit international lui soumettent aussitôt la capacité («Status determines capacity») et notamment la capacité de la femme mariée, l'ensemble étant gouverné par la loi du domicile (3).

La capacité ressortit donc en Droit anglais comme en Droit français au Statut personnel : il n'y a pas place pour un conflit de qualification en la matière.

Cette constatation simplifiera l'étude des notions voisines de la capacité : puissance maritale, mandat domestique et biens réservés, que nous abordons maintenant.

(1) Cf. *supra*, p. 26.

(2) Cf. *supra*, p. 44.

(3) C. notamment Burgin & Fletcher, *op. cit.*, ch. III, pp. 60 et suiv., spécialement p. 69, article 24 : « Married women ».

§ 4. — *Capacité et puissance maritale*

Le double problème de qualification et d'ordre public se pose tout d'abord lorsqu'un rapport de droit intéresse à la fois les règles de capacité et celles relatives à la puissance maritale.

C'est ce que montre bien un jugement récent du tribunal de la Seine (1) que nous résumerons tout d'abord, bien qu'il concerne un conflit franco-américain, parce qu'on y trouve tous les éléments de notre question.

Une actrice de Music-Hall épouse un riche américain, sujet de l'Illinois, à qui elle promet de renoncer à la scène. En vertu de la loi de 1927, elle conservait sa Nationalité française. Peu après, et malgré la défense absolue faite par le mari à elle-même et aux directeurs de Music-Hall, elle contracte avec ceux-ci un engagement, et joue dans de nombreuses représentations au succès desquelles la publicité faite à la polémique engagée contribue largement. Le mari assigne les directeurs du Music-Hall en dommages-intérêts pour avoir mis en échec son autorité maritale.

Ces derniers, soutenant que la loi nationale du mari est seule applicable, répondent que d'après cette loi la femme était pleinement capable de contracter.

La femme conclut également à l'application de la loi nationale du mari, en soutenant que, puisqu'il s'agissait d'une question de capacité, l'ordre public international ne pouvait intervenir pour l'écarter.

(1) T. Seine, 30.4.1930, *Revue D. I. Privé* 1930, p. 461, *Clunet* 1930, p. 966, avec les conclusions de M. le substitut Brachet (Morris c/ Jane Aubert et Dufrenne et Varna).

Déboutant les défendeurs en leurs conclusions, le tribunal accorda au mari 50.000 fr. de dommages-intérêts en réparation de l'atteinte portée à son autorité maritale, par application de l'article 213 du Code civil, seul compétent en la matière.

Son raisonnement peut être ainsi résumé :

1° c'est à tort que les défendeurs appellent règle de capacité la question d'intervention du mari dans l'exercice par sa femme de la profession d'actrice, lorsque, comme c'est ici le cas, le mari, au lieu d'attaquer pour défaut d'autorisation le contrat passé, attaque les contractants pour avoir passé outre à sa défense et violé l'autorité maritale.

Le droit ici contesté est le droit pour le mari d'être obéi, que le Code civil français lui reconnaît à l'article 213 ; ce n'est pas seulement le droit d'autoriser sa femme dans ses actes patrimoniaux, simple conséquence du premier, inscrit à l'article 217 ;

2° ayant donc qualifié de question de puissance maritale le droit à l'obéissance ainsi revendiqué par le mari, le tribunal le lui accorde pleinement en déclarant la loi française (C. civ., art. 213) seule applicable à l'espèce.

Ce n'est pas en prenant parti sur le conflit entre les lois personnelles, celle du mari qui n'admet pas la puissance maritale et celle de la femme qui la reconnaît, que le tribunal arrive à ce résultat.

Un autre principe de compétence intervient : le tribunal, considérant que le devoir d'obéissance est en France une règle de police qui s'impose en France même aux étrangers, fait intervenir le Droit français en vertu de l'ordre public. Il n'y a plus place pour la loi personnelle mais il y a doute sur le principe nouveau

de compétence qui triomphe ici : est-ce que la loi française est ici normalement compétente en vertu de l'article 3, § 1^{er} ? Intervient-elle au contraire en vertu de l'ordre public pour suppléer à l'insuffisance de la loi personnelle en admettant que cette dernière soit la loi nationale du mari ? C'est ce que le jugement ne dit pas nettement ; il semble cependant que c'est ce dernier point de vue qui a prévalu dans l'esprit des juges. Il nous paraîtrait d'ailleurs difficile d'admettre qu'il existe deux règles de conflits différentes, l'une pour la capacité de la femme mariée (loi nationale) l'autre pour le devoir d'obéissance (loi territoriale de police) ; tandis que l'intervention de la notion française de puissance maritale se justifie fort bien au nom de l'ordre public lorsque la carence de la loi nationale risque de créer en France un état d'indépendance de la femme qui est contraire à nos mœurs et aboutit vite au scandale.

On peut néanmoins regretter que le jugement, en adoptant formellement la loi territoriale, ne précise pas s'il l'applique comme loi de police ou en vertu de l'ordre public, étant donnée la différence qui, en théorie comme en pratique, sépare les deux notions.

On voit que le jugement propose en définitive des distinctions et des solutions justifiées et fort utiles en pratique.

De plus il est conçu dans des termes généraux qui en augmentent la portée, et permettent spécialement de l'appliquer à notre hypothèse : *« simple profession »*.

D'abord le tribunal ne paraît pas s'attacher principalement au caractère particulier de la profession exercée ; dans un attendu, notamment, il l'oppose en qualité de « simple profession » à l'état de la femme mariée com-

mercante. Il semble donc que les mêmes solutions seraient applicables à l'exercice d'autres professions.

D'autre part, le jugement donne des précisions d'ordre général sur les domaines respectifs de la puissance maritale et de l'incapacité de la femme qui en « représente en quelque sorte l'application pratique » ; il reconnaît « l'existence de deux actions distinctes... l'une fondée « sur la violation de l'article 213 relatif aux obligations « réciproques des époux, l'autre sur la méconnaissance « des règles plus spéciales édictées par l'article 217 ».

En d'autres termes toute l'activité juridique de la femme mariée est subordonnée à la règle d'obéissance de l'article 213.

Cela ne veut pas dire que l'article 213 lui-même soit en cause chaque fois qu'il s'agit de réglementer l'activité patrimoniale de la femme sans que le principe même d'autorité maritale soit contesté car l'article 217 est alors seul intéressé.

Mais dès qu'il y a lieu de savoir dans quelle mesure la femme peut disposer non seulement de ses biens mais aussi de son activité personnelle, de son temps, de son talent, alors l'article 213 est directement et principalement intéressé. Cela semble, particulièrement vrai de la profession d'artiste, mais il faut en dire de même de toute profession.

Allant plus loin, nous dirons que le principe d'autorité est intéressé, même à propos d'un acte purement patrimonial, si le mari refuse formellement d'y intervenir ou de donner son autorisation, parce qu'alors il s'agit non plus d'un défaut d'habilitation (article 217), mais d'une abstention volontaire du mari usant de la prérogative que lui donne l'article 213.

Bien qu'il concerne un conflit de lois franco-américain, le jugement que nous venons de rapporter donne une solution qui nous paraît directement applicable aux époux anglais résidant en France. Au début de ce chapitre (1), nous avons, en effet, rapproché la notion française de puissance maritale et le « droit de surveillance et garde », à peu près dépourvu de sanctions, que le droit anglais reconnaît de nos jours encore au mari. Mais nous constatons que cette dernière notion ne comporte même pas le droit à l'obéissance qui est en France l'essence du droit de puissance maritale ; défaut de communauté juridique qui nous faisait poser la question d'intervention de la loi française au titre de l'ordre public.

Le jugement rapporté résoud précisément la question. Sa solution, s'il est appelé à faire jurisprudence (2), s'applique même plus simplement à notre hypothèse qu'au cas du mari américain et de la femme française.

D'abord le conflit de lois personnelles n'existe même pas, le mari et la femme ayant tous deux la nationalité anglaise.

Ensuite, selon la qualification véritable du principe que met en question l'activité juridique de la femme anglaise, le juge se référera aux dispositions de la loi nationale qui déclarent la femme capable, et s'en contentera, ou bien se référera à la notion anglaise de puissance maritale pour en constater l'absence.

Dans ce dernier cas, faute de trouver un principe d'autorité analogue à l'article 213 du code, il déclarera

(1) Cf. *supra*, p. 26.

(2) Il paraît y avoir eu transaction en appel sur l'action en dommages-intérêts.

ce dernier texte applicable parce que la puissance maritale est en France d'ordre public même entre étrangers (1).

§ 5. — *Capacité et Biens réservés*

La puissance maritale n'est pas la seule notion qui fasse intervenir le problème de qualification et d'ordre public à propos de l'activité juridique de la femme mariée. En effet le problème se pose également lorsque, en même temps que sa capacité, le régime des biens est intéressé. C'est le cas notamment des biens réservés, des clauses d'inaliénabilité des biens, du mandat domestique.

Est-ce sa loi nationale seule qui décide, comme pour sa capacité, du droit de la femme anglaise à la possession de biens réservés ? La réponse dépend avant tout de la qualification que l'on donne en France à la notion française de biens réservés, c'est-à-dire aux règles de la loi du 13 juillet 1907. Faut-il la rattacher aux règles de capacité qu'elle modifie, ou aux règles relatives aux biens dont elle crée une nouvelle catégorie ?

Or on sait que la loi de 1907 n'a donné lieu à aucune jurisprudence même de pur droit interne. Seule la doctrine peut donc nous éclairer : elle est unanime pour déclarer que la loi est impérative et d'ordre public (2).

(1) Un jugement tout récent du T. civ. Thonon (8.12.1933, D. H. 1934, p. 144), a validé l'engagement d'une femme suisse non autorisée de son mari, en raison de la pleine capacité que lui accorde sa loi nationale. Mais nous n'y avons pas trouvé trace d'un refus d'autorisation qui mît en jeu l'autorité maritale (Barberis-Duparc et Moreteau).

(2) Cf. Aubry et Rau, V^e éd., t. 7, § 500 bis, pp. 465 et 466, et notes 34 et 35 de M. Bartin ; Planiol et Ripert, *Traité élém.*, t. 1, n° 948, p. 333.

Cela revient à la rattacher aux règles de capacité qui ont le même caractère, de préférence au régime des biens où la liberté des conventions s'exerce au contraire largement.

Du caractère ainsi reconnu à la notion française de biens réservés, on a tiré en conflit de lois la conclusion suivante (1) : L'application de la loi personnelle, qui est générale et impérative comme la capacité, respecte mieux l'esprit de la notion interne de biens réservés que ne le ferait l'application de la loi du régime, puisque cette dernière soumet à l'autonomie de la volonté des notions n'ayant pas ce caractère impératif et général.

En conséquence ce sera ici la loi nationale anglaise qui décidera si la femme a la libre disposition des produits de son travail. Or la loi anglaise lui accorde ce droit. Avant 1882, cela résultait d'une mesure exceptionnelle de protection de ses salaires en vertu de l'Act de 1870.

Depuis l'Act de 1882, les produits du travail de la femme suivent simplement le sort commun de ses biens propres : elle en dispose librement sans intervention du mari. En effet, l'article 2 de l'Act, parmi les biens dont la femme a la propriété séparée et dispose librement, cite les « gages, salaires, sommes d'argent et biens qu'elle gagnera ou acquerra dans un emploi, commerce ou occupation exercés indépendamment de son mari ou par l'emploi de quelque talent littéraire, artistique ou scientifique... »

C'est donc un régime analogue à celui de la loi de 1907 dont bénéficiera en vertu de sa loi nationale la femme mariée anglaise. Cependant, outre qu'il y a là un

(1) Cf. Aubry, thèse citée, p. 150.

régime de Droit commun et non de protection exceptionnelle, deux différences pratiques sont à signaler. D'abord la femme anglaise peut non seulement faire tous les actes prévus à l'article 1^{er} de la loi de 1907, mais aussi aliéner à titre gratuit sans avoir à remplir les conditions exigées par la loi française au même article (loi du 19 mars 1919 exigeant des conditions d'âge et de famille chez la donatrice et certaines qualités chez les bénéficiaires). Par là, la loi anglaise est plus libérale envers la femme que notre législation. D'autre part les pouvoirs que tient la femme anglaise de sa loi nationale ne sont pas susceptibles d'être retirés par jugement si la femme en abuse, tandis que l'article 2 de la loi de 1907, a prévu cette protection pour le mari français.

Il ne peut d'ailleurs être question de combler ces différences en appliquant sur ces deux points la loi française à titre de complément. En effet, l'incapacité de la femme n'est pas d'ordre public international en France, et la loi de 1907 ne l'est pas non plus (1) quelle que soit la loi étrangère, plus libérale ou plus restrictive, à laquelle elle s'oppose.

En résumé il faut ici conclure à l'inverse de ce qui a été dit de la puissance maritale : les actes qu'accomplit la femme sur le produit de son travail suivent les règles de sa capacité. Et de cette qualification résulte l'application pure et simple de sa loi nationale sans intervention de l'ordre public.

Dans un seul cas la loi française pourrait intervenir ici ; encore serait-ce par le jeu des règles de conflit elles-mêmes et non par l'ordre public. Si l'existence d'un

(1) Cf. Niboyet, *Manuel* p. 742, n° 631.

domicile en France entraînait, par renvoi, l'application de la loi française comme loi personnelle, la femme anglaise frappée d'incapacité générale garderait cependant, au même titre que la femme française, la capacité que donne la loi de 1907 sur les produits du travail séparé. Et ceci précisément parce que la notion de biens réservés suit en conflit de lois le sort des règles de capacité.

§ 6. — *Capacité et mandat domestique*

a) *Qualification française.* — De même que la notion de biens réservés, la notion française de mandat domestique intéresse à la fois les règles d'incapacité de la femme mariée et le régime des biens entre époux.

En conséquence, le choix de la loi appelée à déterminer les droits de la femme anglaise à engager les dépenses du ménage dépend d'une question préalable de qualification : le mandat de la femme est-il une règle de capacité ou de régime des biens ? L'intérêt de la question vient, ici comme pour ses biens réservés, de ce que la femme peut être soumise à deux lois différentes pour son régime et pour sa capacité (1).

Le rôle naturel de la femme dans le ménage veut qu'elle ait le droit d'engager seule les dépenses du ménage. Aucun texte ne lui reconnaissant ce droit qui, au contraire, paraît en contradiction avec l'incapacité générale dont elle est frappée, la jurisprudence et la doc-

(1) Par exemple, soumise à la loi anglaise pour son régime matrimonial, elle pourra être soumise à la loi française pour sa capacité, si elle a eu en France un domicile, en application de la théorie du renvoi (cf. *supra*, p. 48).

trine, unanimes à le reconnaître, en ont donné plusieurs justifications juridiques (1).

La théorie classique (2), renouvelée de Dumoulin qui lui-même s'inspirait du Droit romain, considère la femme mariée comme mandataire de son mari pour les dépenses domestiques : le mandat est tacite parce qu'il résulte implicitement du mariage et du rôle de la femme dans le ménage. Les mandataires peuvent être incapables, c'est le cas de la femme mariée, et leurs actes n'engagent qu'eux leurs mandants, donc la femme n'engage pas ses biens propres en contractant pour le ménage. Et le mari lui-même n'est lié qu'à concurrence des dépenses nécessaires aux besoins du ménage.

Pour pallier l'injustice de ces deux derniers effets du mandat, la jurisprudence a fait intervenir la notion d'enrichissement sans cause (3).

La tendance moderne est d'aller plus loin. Par delà Dumoulin, elle rejoint l'ancienne idée coutumière perpétuée d'ailleurs par la coutume de Paris : la femme en contractant pour les besoins du ménage engageait son patrimoine ; la femme, en effet, avait certains pouvoirs dans l'antique communauté. Mais de nos jours, avec son incapacité générale, il faut une autre explication ; et l'on a appelé ce droit un pouvoir légal, basé sur l'obligation alimentaire du mari (art. 214), ce qui permet d'expliquer pourquoi il subsiste en cas d'absence présumée du mari,

(1) Cf. Thèse Albert Chéron, *Etude sur l'adage Uxor non est propria socia sed speratur fore*, Paris 1901, pp. 81 et suiv. (ancien Droit), et pp. 244 et suiv. (Droit moderne).

(2) Cf. thèse citée, p. 82.

(3) *Ibid.*, pp. 248 et 249.

au cas de séparation de fait en dépit de l'intention des parties, etc. (1).

Mais cela ne permet pas de dire que la femme, en usant de ce pouvoir légal, s'oblige aussi elle-même. Aussi Planiol et Ripert (2) vont-ils plus loin : en raison d'un partage naturel de fonctions entre les époux, la femme accomplissant les actes ménagers remplit son rôle propre d'associée du mari. Etant associée, non mandataire, elle oblige par ses actes non seulement son mari mais aussi elle-même (3).

Cette dernière théorie, qui correspond le mieux au rôle naturel de la femme dans le ménage, ne nous paraît pas cependant acceptable en l'état actuel des textes et des principes généraux. Elle implique en effet la capacité de la femme relativement aux actes ménagers. Pour admettre une pareille exception à l'incapacité générale qui la frappe en Droit français, il faudrait un texte comme il en existe un pour les biens réservés. Ce texte n'existe pas.

On voit que chacun des théories exposées qualifie à sa manière le droit reconnu à la femme de contracter pour les besoins du ménage. Il se trouve cependant que ces qualifications diverses concourent à une même solution pratique de conflit de lois ; en effet :

1° Dans la théorie classique, le mandat tacite est une conséquence directe de l'incapacité de la femme mariée.

(1) C'est la théorie de Basset et de Saleilles ; cf. thèse citée, p. 255.

(2) *Traité Elém.*, tome I, p. 336, § 958 (éd. 1928).

(3) Au *Traité pratique* de Planiol et Ripert, M. Rouast (tome II, pp. 313 et suiv.), repousse cette conséquence et même le principe d'association dont elle dépend.

Il faut donc le qualifier de règle de capacité ; aussi sera-ce en conflit de lois la loi nationale qui décidera de son existence et même de sa réglementation (1), réserve faite de l'application de la *lex fori* à la « versio in rem » si cette notion intervient dans le fonctionnement du mandat ;

2° Si la femme mariée bénéficie non d'un mandat mais d'un pouvoir légal tiré de l'obligation alimentaire existant à la charge du mari, la loi nationale sera ici encore compétente dans le conflit de lois, non plus comme loi applicable à la capacité mais comme loi gouvernant les effets personnels du mariage et notamment l'obligation de secours. Une réserve s'impose : le caractère d'ordre public que revêt en France l'obligation alimentaire fera éventuellement échec à l'application de la loi anglaise si, comme c'est le cas pour le devoir de secours lui-même (2), la loi anglaise n'accorde pas à chaque époux des droits suffisants aux yeux du juge français ;

3° Enfin, c'est encore de la loi nationale que dépendra le droit de s'engager pour les besoins du ménage si l'on admet que la femme agit alors en qualité d'associée. C'est, en effet, alors, une question de capacité, la

(1) Nous entendons par réglementation la mesure des droits de la femme ; pour étudier tous les effets du mandat, question plus générale, il est clair que le régime des biens aura aussi à intervenir ; par exemple, la femme ne peut évidemment engager la communauté que s'il y a communauté, ce qui est possible, même entre époux anglais. C'est en ce sens que nous comprenons la phrase de M. Rouast (traité de Planiol et Ripert, tome II, p. 320, § 395) : « l'étude des effets du mandat domestique appartient à la matière du régime matrimonial. »

(2) Cf. *supra*, pp. 18 et suiv.

femme étant reconnue capable pour les besoins du ménage, et engageant alors ses biens personnels.

Loi gouvernant la capacité ou loi gouvernant les effets du mariage, le résultat est le même en conflit de lois.

M. Martin se rallie aujourd'hui à cette solution générale. Pour lui, le mandat tacite, qu'il avait d'abord rattaché au régime des biens (1), dépend de la loi qui gouverne les effets du mariage (2), c'est-à-dire de la loi nationale.

b) *Réglementation anglaise du mandat.* — Ainsi résolues la question de qualification et la question de conflit qui en dépendait, il faut consulter la loi anglaise désignée comme normalement compétente ; elle fournit des règles analogues dans leur ensemble à la notion française du mandat domestique. Si l'on cherche en Droit anglais le concept correspondant le mieux à celui d'actes ménagers, on le trouve sous le nom de dépenses nécessaires (*necessaries*) du ménage.

D'une façon générale, on appelle « *necessaries* » les denrées, et par extension toutes les prestations, qu'exigent les besoins normaux de l'existence pour un niveau de vie donné (3).

Quand cette vie est la vie d'un ménage, les engagements relatifs aux « *necessaries* » du ménage sont donc assez précisément ce que le droit français appelle actes ménagers.

Or la loi anglaise reconnaît à la femme, pour les « *necessaries* » du ménage, un droit à peu près sem-

(1) Cf. Aubry et Rau, V^e éd., § 509, note 58 noniès.

(2) Cf. Martin, *Principes*, tome II, p. 242, § 300.

(3) *Stephen's Commentaries on the Laws of England*, 19^e éd. 1928, t. 3, pp. 101 et 331, et trad. citée, pp. 119 et 368.

blable à celui qu'on lui reconnaît en France, un véritable mandat tacite (1).

Mais la construction juridique en est assez différente. En effet, la pleine capacité reconnue à la femme anglaise lui permet de contracter en général sans intervention du mari, et ceci notamment pour les « *necessaries* ». Elle agit alors en son nom propre et n'engage que ses biens personnels. En outre, elle peut évidemment exercer la fonction de mandataire, ouverte même aux incapables et notamment à la femme mariée française ; lorsqu'elle sera mandataire de son mari, le plus fréquemment pour les « *necessaries* », elle n'engagera que son mandant, son mari (2).

Ce qui vient d'être dit n'est que l'application pure et simple au ménage du droit commun. Cela ne suffirait pas à rendre voisines les notions française et anglaise de mandat domestique.

Mais une présomption, spéciale aux « *necessaries* », intervient, qui atteint ce but :

« Pendant la cohabitation, il y a une présomption, fondée sur le fait même de la cohabitation, en faveur du consentement du mari aux contrats passés par la femme, pour les « *necessaries* » qui sont en rapport avec son niveau d'existence et sa fortune ; c'est-à-dire

(1) *Implied authority*.

(2) Dans le premier cas, elle est « principal », dans le second « agent », et la notion anglaise d'« *agency* » qui intervient ici rappelle dans une certaine mesure le mandat français, aussi appellerons-nous ici « mandat tacite », l'« *implied authority* », dont la femme en qualité d'« agent » est ici investie. Cf. Delangle de la Ville Gaudin, *De la représentation en Droit anglais, Agency*, thèse, Paris 1923,

« que la femme a un mandat tacite d'engager le crédit
« de son mari pour tout ce qui dépend de l'administra-
« tion de la maison généralement confiée à sa direction,
« et qui est nécessaire et convenable eu égard au train
« de vie adopté par le mari » (1).

Grâce à la présomption, le rôle de mandataire a en pratique autant d'importance que si c'était, comme en Droit français, le seul moyen pour la femme de contracter pour les besoins du ménage sans intervention du mari.

Nous avons dit que non seulement le principe mais toute la réglementation du mandat domestique dépend en détail de la loi nationale anglaise. En voici les éléments :

La présomption de mandat porte seulement sur les dépenses qui sont de nécessité eu égard au train de vie adopté en fait par le mari, sans que le train de vie supérieur ou moindre qui correspondrait exactement à ses moyens puisse être pris en considération (2).

D'ailleurs le mandat ne s'applique qu'à celles des dépenses du ménage qui sont faites usuellement par la femme, à moins que tout ce qui concerne la maison lui ait été confié (3).

Enfin les acquisitions qui sont extravagantes en valeur ou quantité eu égard au train de vie adopté ou aux besoins réels ne sont pas censées faites en vertu du mandat (4). Ce sont là les limites du mandat. Voici maintenant les cas où il cesse de fonctionner :

(1) Eversley, *Law of domestic relations*, p. 292.

(2) *Laws of England*, vol. 16, *Husband & Wife*, pp. 420 et 421 (n° 853).

(3) *Ibid.*, *id.*

(4) *Ibid.*, *id.*

Il n'y a pas mandat lorsqu'il est prouvé que le mari a fait défense à sa femme d'engager son crédit ou qu'il a révoqué expressément son mandat. Le mari n'est d'ailleurs pas obligé, pour dégager sa responsabilité, de signifier aux tiers cette défense ou cette révocation (1).

La femme ne peut non plus engager le crédit de son mari quand elle est déjà en possession des denrées et objets nécessaires ou qu'elle a reçu une somme suffisante pour se les procurer.

D'autre part, le droit pour la femme d'engager le crédit du mari disparaît si les époux sont convenus d'une somme fixe allouée à la femme pour les dépenses du ménage, sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'allocation est ou non suffisante. Dans ce cas, en effet, sans que le mari ait besoin de le dire expressément, les époux sont censés avoir convenu que la femme n'engagera pas le crédit du mari au delà de ce chiffre (2).

Enfin le mandat est révoqué par l'effet de l'adultère de la femme (3), même si les fournisseurs n'ont pas eu connaissance de l'adultère. Il ne subsisterait que si le mari a pardonné, ou continué à traiter sa femme comme son mandataire (3).

Le mandat tacite de la femme mariée anglaise, dont nous venons de résumer le fonctionnement, a pour fondement l'obligation de secours ou « maintenance » dont le mari est tenu envers sa femme.

(1) *Ibid.*, n° 856.

(2) *Ibid.*, n° 857.

(3) *Ibid.*, n° 858.

Nous l'avons dit en effet à propos des devoirs réciproques entre époux (1), le droit de la femme aux secours du mari est protégé de deux façons : au cours de la vie commune elle peut engager le crédit du mari en vertu du mandat tacite, c'est ici le cas, et si elle est abandonnée elle peut encore engager son crédit en vertu d'un mandat légal dit de nécessité.

Puisque le Droit anglais rattache le mandat à une matière soumise en France à la loi nationale, à savoir les effets du mariage, le conflit de qualification n'est pas possible ici, bien que la jurisprudence française le rattache à la capacité non au devoir de secours.

c) *Analyse des décisions françaises.* — Il ne devrait donc plus rester qu'à étudier comment la loi nationale anglaise est appliquée en France au mandat domestique, c'est-à-dire dans quelle mesure l'ordre public international restreint son champ d'action.

Les décisions françaises ne s'en tiennent pas cependant à ce problème simple.

D'une part la jurisprudence générale sur le mandat de la femme fait prévaloir tantôt la loi nationale tantôt la loi française (2).

D'autre part les décisions rendues spécialement entre époux anglais, ce sont les plus nombreuses, ne nous éclairent pas sur l'intervention de l'ordre public international.

En 1895, le tribunal de la Seine (3) statue sur la res-

(1) Cf. *supra*, p. 19. La qualification anglaise est donc la même que celle proposée par Saleilles : cf. *supra*, p. 67, note 1.

(2) Cf. thèse Aubry, citée *supra*, p. 251.

(3) 21 déc. 1895, 3^e ch., Clunet 1896, p. 1032 (Abdy c/ dame Abdy & Pecquignot).

responsabilité incombant au mari anglais vis-à-vis d'un créancier personnel de sa femme qui avait, en nantissement d'un prêt d'argent, donné une collection de dentelles dont le mari revendiquait la propriété. Le tribunal après avoir reconnu le mari propriétaire de la collection, et déclaré le gage nul et frauduleux, se prononce sur la responsabilité du mari dans la dette contractée, c'est-à-dire sur le mandat dont se prévalait la femme. Il déclare les défendeurs « autorisés à se prévaloir du statut personnel des époux » (1) pour faire déclarer le mari responsable des dettes de sa femme. Mais constatant que les dépenses engagées par la femme ne sont pas des dépenses de nécessité, qu'elle avait d'ailleurs une rente personnelle constituée par le mari, et qu'elle était non pas abandonnée mais séparée de fait, le tribunal, refuse de faire jouer le mandat de nécessité du Droit anglais dont les conditions ne sont pas remplies, et déclare la femme seule responsable de son emprunt (2). C'est l'application pure et simple de la loi nationale.

Mais, peu après, le même tribunal rend, en l'espace de quelques mois, trois jugements entre un ménage anglais et leurs fournisseurs parisiens, appliquant, semble-t-il, les règles françaises du mandat tacite. Cependant, comme le conflit de lois n'est pas soulevé et que, dans les circonstances de chaque cause, les règles anglaises et

(1) *Ibid.*, p. 1036.

(2) Le tribunal donne une application exacte du Droit anglais. Mais le jugement contient une erreur : c'est le Common Law anglais qui fournit ces conditions d'application du mandat. Ce n'est pas l'article 393 de l'Act de 1882 qui ne parle nulle part du mandat tacite ou de nécessité, et ne comprend d'ailleurs que vingt-sept articles.

françaises ne diffèrent pas, il est impossible de dire avec certitude quelle loi le tribunal entend appliquer.

Dans la première espèce (1), le mari assigné avec sa femme en paiement d'une note de couturier, « se pré-
« vaut... de sa loi nationale en alléguant que les enga-
« gements de la femme non autorisée de son mari ne
« peuvent être opposés à celui-ci, à moins qu'ils n'aient
« été contractés pour les besoins du ménage, caractère
« que, suivant le défendeur, ne présenteraient pas les
« fournitures litigieuses ; mais attendu que Digby n'in-
« voque aucune loi anglaise assujettissant en la matière
« l'autorisation maritale à des conditions ou à des for-
« mes particulières ; qu'il appartient donc au tribunal
« de rechercher si au moins dans une certaine mesure
« il n'a pas donné à sa femme le mandat tacite de s'obli-
« ger envers la demanderesse ; — attendu que le mari a
« l'obligation de vêtir et entretenir sa femme, suivant
« les conditions de fortune que révèlent son rang social
« et le train ordinaire de ses dépenses domestiques... » (2).
En conséquence le mari qui a connu les dépenses de sa femme, mais peut-être pas leur importance excessive, n'est déclaré responsable solidairement que pour un tiers du montant final de la facture. Il semble que le tribunal, s'il avait eu la preuve du caractère tacite du mandat domestique anglais, s'en serait tenu à la loi nationale : le résultat eût d'ailleurs été identique (3).

(1) Trib. civil de la Seine (3^e ch.), 14 nov. 1896, *Clunet* 1897, p. 537 (dame Favre c/ époux Digby).

(2) *Ibid.*, p. 539.

(3) Cf. *supra*, p. 70.

Dans la seconde espèce (1), les époux sont condamnés solidairement au paiement d'une fourniture de vêtements que le mari n'a pu ignorer et qui n'était pas disproportionnée avec la situation apparente des époux. La solution serait exactement la même dans chaque législation et le conflit n'est pas non plus soulevé.

Dans la troisième espèce, (2), enfin, le mari qui ne paraît pas avoir été au courant des fournitures de toilette faites à sa femme, n'en est déclaré solidairement responsable que « dans la limite où il avait pu donner « raisonnablement un mandat tacite à sa femme » (3). Comme aucune allusion n'est faite ni au conflit des lois ni à la loi anglaise, il faut bien croire ici encore que le mandat tacite qui intervient est dans l'esprit des juges celui du Droit français ; mais la solution du Droit anglais serait la même.

Au contraire, et presque en même temps, une autre chambre du tribunal de la Seine applique à deux reprises la loi anglaise au mandat tacite d'une femme mariée anglaise aux prises avec ses créanciers. Il s'y joint une qualification intéressante de la notion de mandat, et l'ensemble du raisonnement est très différent de celui des espèces précédentes.

Le tribunal (4) déclare que la loi anglaise en tant que loi du contrat de mariage doit s'appliquer aux actes de

(1) Trib. civ. Seine (5^e ch.), 9 janvier 1897, *Clunet* 1897, p. 539 (Epoux Digby c/ Redfern).

(2) Cf. Trib. civ. Seine (5^e ch.), 2 juill. 1897, *Clunet* 1898, p. 363 (dame Garnier c/ époux Digby).

(3) *Ibid.*, p. 366.

(4) Dans l'espèce principale : Trib. civ. Seine (7^e ch.), 23 juill. 1897, *Le Droit*, 6-7 déc. 1897 (Laval c/ époux Spiera).

la femme mariée anglaise notamment à ceux relatifs aux fournitures ; il en conclut que pour la capacité de s'engager c'est la loi anglaise qu'il faut consulter, c'est-à-dire l'Act de 1882. Or il constate dans les dispositions de cet Act une grande analogie avec la capacité de la femme séparée de biens (C. civ., art. 1536 et 1449) : il en conclut « qu'il convient donc, pour interpréter le contrat des « époux Spiers de s'inspirer par analogie des dispositions « du Droit civil français et de rechercher si, comme le « prétend la dame Spiers, la théorie du mandat tacite « est applicable à la femme séparée de biens conventionnellement ». Le tribunal estime qu'elle l'est car elle est une « conséquence non de l'adoption de tel ou tel « régime mais de la vie conjugale elle-même et d'un « concours de volontés qui résulte du fait du ménage ». L'article 214 et l'article 212 du Code civil, sur le devoir d'entretien du mari, sont donc en France à la base du mandat tacite qui vaut, le tribunal se donne la peine de l'ajouter, pour les achats de vêtements comme pour les aliments. D'ailleurs, revenant brusquement à la loi anglaise, le jugement conclut : « la théorie du mandat tacite qui était admise par la législation anglaise avant la loi de 1882 paraît n'avoir pas été modifiée par ladite loi... ». Le tribunal décide donc que « la loi anglaise qui « en l'espèce n'est pas contraire aux principes du Droit « français doit être appliquée aux époux Spiers... » et que « la dame Spiers bien que mariée sous le régime de « séparation de biens a contracté... comme mandataire « de son mari et qu'elle a ainsi obligé ce dernier seul ».

Malgré la complication bien inutile du raisonnement (1), ce jugement est le premier à apporter quelque

(1) Le régime matrimonial paraît, au début du jugement, pren-

précision sur la qualification (1), sur la règle de conflit applicable et enfin sur la conformité de la loi anglaise à l'ordre public français (2). Les jugements précédents, quoique détaillés sur la capacité, étaient beaucoup plus sommaires sur le mandat. Aux trois points de vue qu'il a le mérite de distinguer le dernier jugement doit être approuvé : le mandat tacite, effet personnel du mariage est soumis à la loi nationale et celle-ci ne heurte pas l'ordre public français.

Le deuxième jugement (3) rendu contre les époux Spiers est moins net. Il se préoccupe également de qualifier le mandat mais le rattache à l'autorité maritale et à l'incapacité de la femme mariée. Il reconnaît aussi qu'on doit l'appliquer même en présence d'un régime de séparation de biens mais ajoute qu'il « cède alors plus facilement devant la preuve contraire » à cause des larges droits déjà reconnus à la femme sous ce régime. Aussi le juge n'ayant pas obtenu la preuve de l'existence du mandat en Droit anglais l'écarte parce qu'il lui paraît incompatible avec les Acts de 1882-1893 sur la capacité

dre sur les autres notions, une primauté qui disparaît ensuite à juste titre.

(1) C'est ici encore la qualification de M. Saleilles en même temps que la qualification du Droit anglais.

(2) Le Tribunal semble s'être demandé si, en France, le mandat tacite était compatible avec la demi-capacité de la femme séparée de biens, afin de savoir si la combinaison du mandat avec le régime anglais analogue pouvait se pratiquer sans heurter l'ordre public international. On ne peut expliquer autrement la comparaison avec la femme française séparée de biens.

(3) Trib. civ. Seine (7^e ch.), 3 août 1897, *Le Droit*, 6-7 déc. 1897 (dⁿ^o Leroy c/ époux Spiers).

de la femme. Et s'il conclut à la responsabilité du mari pour les fournitures litigieuses c'est parce qu'il constate de sa part l'existence d'une reconnaissance de dette. En résumé le tribunal fait une erreur sur la loi anglaise mais s'adresse à elle seule pour savoir s'il y a un mandat tacite.

C'est encore la loi anglaise que paraissent appliquer trois arrêts de la Cour de Paris (1), confirmant trois jugements déjà rapportés qui paraissaient au contraire s'en tenir à la loi française.

Le mandat tacite y est appliqué aux époux anglais parce que « la reconnaissance du mandat tacite... dérive de l'obligation que toutes les législations imposent au mari de pourvoir à l'entretien de sa femme et de ses enfants ; — qu'il n'apparaît pas que la nouvelle législation anglaise... (Acts de 1882-1893) ait porté atteinte à ce principe du droit des gens ; — que seulement en Angleterre comme en France il appartient aux tribunaux d'apprécier, suivant le rang social et la position pécuniaire des époux dans quelles limites les dépenses faites par la femme peuvent être considérées... comme nécessaires et proportionnées aux charges et aux ressources du ménage » (2).

La Cour, après avoir rattaché le mandat tacite au devoir d'aliments, recherche si la loi anglaise l'admet dans l'espèce, et constate que sa solution est la même que celle de la loi française. Elle paraît même appliquer cumulativement les deux législations. Nous croyons plutôt que la loi française est ici comparée au Droit étranger

(1) Paris (7^e ch.), 17 juin 1899, *Clunet* 1900, p. 138, époux Digby c/ Redfern ; c/ dame Favre ; c/ dame Garnier. Les trois arrêts visent les mêmes motifs et seul le premier est rapporté au *Clunet*).

(2) Première espèce citée *supra* (Digby c/ Redfern).

pour écarter l'objection possible de l'ordre public ; n'est-ce pas d'ailleurs cette notion qui se cache sous l'expression vague de « principe du droit des gens ».

A nouveau en 1905 le tribunal de la Seine (1) soumet à la loi nationale le mandat d'une femme mariée anglaise en décidant que le mari ayant fourni régulièrement à sa femme une allocation destinée à ses dépenses personnelles ne pouvait plus être responsable, en vertu du mandat tacite, des engagements de cette nature contractés par la femme.

d) *Conclusion.* — En résumé, la jurisprudence, sans donner une qualification uniforme du mandat, le rattache toujours à des notions gouvernées par la loi nationale.

Mais parfois, sans même soulever la question de conflit de lois, elle applique purement et simplement les règles du mandat tacite français. Quand au contraire elle se pose la question de conflit, ce sont toujours en définitive les règles de la loi nationale anglaise qu'elle applique. C'est bien cette dernière qui, aux yeux de la jurisprudence, doit gouverner le mandat tacite.

Toutefois, la question de l'ordre public international reste entière car la loi anglaise appliquée dans les décisions rendues fournit la même solution que celle qu'on tirerait de la loi française.

Seul le dernier jugement applique une disposition anglaise bien que différente du Droit français. Il est certain en effet qu'une femme française ne cesserait pas de jouir du mandat tacite par le seul fait qu'elle reçoit une

(1) Trib. civ. Seine (5^e ch.), 9 juin 1905, *Clunet* 1905, p. 1040 (Dœillet c/ époux Eyres).

allocation fixe pour son entretien, ce que le tribunal admet pour la femme anglaise sans examiner si la règle est conforme ou non à l'ordre public. Et cependant, les fournisseurs qui n'ont pas eu, en fait, connaissance de l'allocation, et d'ailleurs ne peuvent savoir ce qu'en déduit la loi anglaise, seront ainsi privés d'une protection précieuse à laquelle ils sont habitués.

Plus généralement faudra-t-il écarter la notion de mandat chaque fois que le Droit anglais seul refusera de l'admettre ? L'adultère de la femme, la révocation du mandat non signifiée aux fournisseurs suffiront-ils devant les juges français à l'écarter lorsque la femme mariée est anglaise ? Nous ne le croyons pas.

Est-ce à dire que le conflit de lois perd tout intérêt parce que chaque fois que la loi anglaise est plus favorable au mari l'intervention d'ordre public de la règle française comble la différence ? Cela n'est pas non plus exact :

Nous ne connaissons aucune jurisprudence qui fixe le domaine de l'ordre public en matière de mandat domestique. Mais dans la notion qu'en a édifiée la jurisprudence de droit interne une seule règle nous paraît impérative et même susceptible de devenir d'ordre public international : c'est celle qui veut que le mari, révoquant le mandat, ne soit libéré vis-à-vis des fournisseurs que s'il est prouvé que chacun a eu connaissance de la révocation. Si bien que le seul moyen sûr est la notification individuelle.

Or, le Droit anglais donne plein effet à la révocation occulte, et même à la révocation tacite résultant de l'adultère de la femme, ou de l'existence d'une allocation ou du fait que les dépenses étaient inutiles vu les pro-

visions existantes. Dans tous ces cas, nous semble-t-il, l'ordre public s'oppose à ce que les fournisseurs non prévenus en fait de ces causes de révocation soient privés de la protection du mandat : le mari restera *obligé* par les actes de sa femme.

Mais l'ordre public n'est intéressé qu'au crédit du ménage vis-à-vis des tiers : dans les rapports des époux entre eux, la loi nationale reprend tout son empire, et chaque fois que, pour une des causes sus-énoncées, le mandat du Droit anglais aura cessé de jouer, le mari pourra faire mettre en définitive à la charge de sa femme les dépenses dont il aura d'abord répondu vis-à-vis des tiers. Il ne sera pas tenu d'y *contribuer*.

En résumé le mandat domestique, que la jurisprudence interne tend à rattacher à l'incapacité de la femme mariée, paraît dans les décisions de conflit de lois dépendre de préférence de l'obligation de secours, et la qualification anglaise est également en ce sens. Il en résulte en toute hypothèse, que la loi nationale anglaise lui est seule applicable.

Seules les règles françaises destinées à protéger les fournisseurs interviendront, le cas échéant, en vertu de l'ordre public.

Nous étudierons au chapitre 2 les restrictions à la libre disposition des biens que prévoit la loi anglaise en vue du mariage, parce qu'elles concernent uniquement le régime des biens entre époux et ne se rattachent pas aux règles de capacité.

CHAPITRE II

Régime des biens entre époux

Dans ce chapitre, nous étudierons les effets du mariage sur les biens des époux anglais demeurant en France.

Nous rechercherons d'abord quelle loi est applicable aux rapports patrimoniaux des époux anglais mariés sans contrat, c'est-à-dire quel régime légal les gouverne en l'absence de toute convention de mariage.

Nous étudierons ensuite les questions de conflit de lois que soulèvent les conventions passées avant mariage, lors du mariage ou même après, relativement aux biens des époux.

SECTION I. — RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

La plupart des législations laissent aux époux une liberté plus ou moins grande pour convenir du sort de leurs biens pendant le mariage (1), et organisent un régime auquel ils seront impérativement soumis par le seul fait du mariage s'ils n'ont pas usé de cette liberté : ce régime matrimonial légal, en France appelé commu-

(1) Selon le rôle que chacune d'elles assigne à la liberté des conventions.

nauté, est en Angleterre un régime analogue à notre séparation de biens.

Les époux de nationalité anglaise mais résidant en France, s'ils n'ont fait aucune convention relative à leurs biens, seront soumis au régime légal de la législation que le système français de conflit de lois déclare compétente pour en décider.

Or la solution de conflit applicable au régime légal a été et reste en France très discutée.

La majorité de la doctrine (1) réclame l'application de la loi nationale parce que seule rationnelle, pratique et stable, et aussi parce que son rôle depuis le Code civil est de remplacer la loi du domicile dont la compétence en la matière serait de tradition.

La jurisprudence est au contraire fermement attachée au principe suivant lequel le régime légal ne s'applique qu'en vertu d'une convention tacite des époux de s'y référer (2) et dépend par conséquent, en conflit de lois, de la législation à laquelle les époux ont eu l'intention d'emprunter sa réglementation : l'*autonomie de la volonté* gouverne donc aussi bien le choix tacite du régime légal que l'adoption conventionnelle d'un régime quelconque.

Ce système a été critiqué en théorie (3) comme donnant une fausse interprétation du principe de Dumoulin

(1) Cf. spécialement la longue étude de M. Bartin dans les *Principes*, t. 2, §§ 301 à 305, p. 243. Pour l'historique et la doctrine étrangère, cf. Déglin, *Le Contrat de Mariage en Droit comparé et en Droit international*, thèse Nancy 1883, pp. 210 et suiv.

(2) C'est la théorie de Dumoulin : « ex tacito vel presunto contractu. »

(3) Cf. Niboyet, *Manuel*, p. 833, n° 716.

du régime conventionnel tacite, auquel il prétend se rattacher.

En pratique, il a surtout pour inconvénient l'incertitude qui existe sur l'intention des époux quant au régime jusqu'au jour où la difficulté se présente. Et à ce moment il faut rechercher après coup quelle intention ils ont pu avoir lors du mariage si toutefois ils en ont eu une.

Toutefois, lorsque l'intention n'est pas douteuse ou qu'elle a été une fois déterminée, elle fournit un critérium plus stable que celui de la Nationalité, cette dernière pouvant changer (1) alors que l'intention n'est prise en considération qu'au moment du mariage et ne peut donc varier.

§ 1^{er}. — *Analyse de la jurisprudence et des indices qu'elle retient dans les différents cas*

En pratique donc, et malgré les inconvénients du système, il faudra rechercher quel régime les époux anglais ont eu l'intention d'adopter lors du mariage.

Or, la Cour de cassation, qui a souvent statué (2) sur le principe même, et décidé en Droit que la détermination du régime est une question d'intention, laisse aux juges du fait l'appréciation souveraine des circonstances d'où ils peuvent induire cette intention. Il en est résulté une très abondante jurisprudence utilisant les éléments

(1) Au cas de changement de Nationalité, il faudrait faire jouer la théorie des Droits acquis (Niboyet, *Manuel*, p. 836, n° 719), ou le principe des conflits de Lois mobiles (Bartin, *Principes*, tome 1, § 78) ; cf. également Weiss, *op. cit.*, p. 515.

(2) Cf. Ch. civ., 11.7.1855, Sirey 1855.1.699 ; Ch. civ., 30.12.1912, *Revue de Dr. Int. Privé*, 1921, p. 105 (Ep. Bataglia) ; Ch. req., 7.4.1925, *Gaz. Pal.* 1925.2.206.

les plus divers et dont les tendances, s'il en existe, ne diffèrent pas suivant la nationalité des époux. Ne pouvant en faire une analyse d'ensemble (1), nous chercherons seulement, dans les différentes situations où peuvent se trouver en France les époux anglais, à montrer quelles solutions la jurisprudence générale adopte le plus souvent.

Quelques remarques préalables sont nécessaires : Il est impossible de donner à chaque indice d'intention sa valeur relative dans l'ensemble des faits dont tiennent compte les juges ; néanmoins, deux éléments prennent une importance particulière :

C'est d'abord le domicile matrimonial, lieu que les époux ont choisi pour s'établir sitôt mariés :

On présume que les époux ont entendu suivre pour leurs rapports patrimoniaux les règles en vigueur au lieu où ils doivent s'exercer.

Au début même, certaines décisions déclaraient soumettre le régime légal à la « loi du domicile matrimonial » (2) sans égard à l'intention ; la tendance reparaît dans des décisions isolées plus récentes (3) qui semblent fonder un principe spécial de compétence sur le domicile (4) quoiqu'il ne soit plus maintenant qu'un élément, capital il est vrai, d'appréciation de l'intention.

(1) Pour la jurisprudence ancienne, cf. thèse André Chéron, précitée, pp. 284 et s.

(2) G. Paris, 3.8.1849, Sirey 1849.2.420, Lloyd c/ Lloyd (Ep. Anglais), 17.10.1849, q. 10000, 1849, 17.10.1849, 17.10.1849.

(3) Trib. civ. Bordeaux, 25.5.1891, Clunet 1893, p. 417, Roger c/ Mathiéson (Ep. Danois), et Trib. civ. Seine, 2^e ch., 30.4.1920, *Revue Dr. Int. Privé* 1921, p. 105, Schiess c/ Schiess (Ep. Suisses).

(4) Ces décisions paraissent appliquer la vraie doctrine de Dumoulin (cf. *Soc. d'Etudes Législ.*, séances des 10 et 21.12.1908, M. Pillet,

D'autre par la Nationalité joue un rôle important comme présomption d'intention lorsque aucun indice contraire ne peut être relevé (1) ; mais c'est à tort qu'on a vu, dans des décisions en ce sens, une tendance à soumettre la détermination du régime légal à la loi personnelle (2).

Mais il est impossible de donner une liste complète de tous les autres faits que la jurisprudence retient également et qui, combinés entre eux ou avec les premiers, renforcent ou neutralisent les présomptions tirées de chacun.

Il peut s'agir d'actes révélateurs d'une intention comme de véritables déclarations d'intention. Les indices peuvent être antérieurs, concomitants ou même très postérieurs au mariage pourvu que l'intention qu'on en déduit soit celle qu'avaient les époux lors du mariage.

Lieu de célébration du mariage, rôle du consul, nationalité d'origine de la femme, naturalisation ou réintégration postérieure, intérêt pécuniaire à choisir tel ou tel régime, qualité prise dans un acte, traditions familiales, etc... On voit, d'après ces remarques générales, que l'absolue liberté laissée aux juges du fait et la grande souplesse de leur méthode d'interprétation rendraient artificielle toute recherche de règles fixes hiérarchisant les présomptions.

Revue Dr. Int. Pr. 1909, p. 674), mais sont contraires à la jurisprudence moderne de Cassation et des Cours inférieures.

(1) C. Paris, 4^e ch., 5.2.1887, *Clunet* 1887, p. 190, Duroi (Ep. Italiens), et Trib. civ. Marseille, 1^{re} ch., 7.7.1904, *Clunet* 1905, p. 1039, Tongiorgi (Ep. Italiens).

(2) Cf. Stoequart, au *Clunet* 1909, p. 114, au sujet de l'arrêt de Paris précité (Duroi).

Ce sont donc seulement les tendances de la jurisprudence, dans les cas particuliers que comporte notre hypothèse d'extranéité, que nous essaierons ici de marquer.

a) *Les époux étaient tous deux, avant le mariage, de Nationalité anglaise.* — Ils seront alors le plus souvent considérés comme ayant eu l'intention de se soumettre au régime de séparation de biens du Droit anglais.

En effet, la tendance générale de la jurisprudence, pour des étrangers d'origine, est de suivre la loi nationale. C'est elle en effet « qu'ils étaient le mieux à même de connaître » (1), justification générale à laquelle s'ajoutent souvent d'autres circonstances : les époux « ont, faisant contracter ou célébrer leur union civile « devant le consul britannique, voulu, quant à leur régime matrimonial, se référer à la loi anglaise... » (2) ; ou bien, ils ont pris « la précaution... d'aller se marier en Ecosse, alors qu'ils résidaient en France » (3) où ils ont toujours nié avoir un véritable domicile (3). D'autres indices cités en faveur de la loi nationale sont l'attachement tout spécial aux traditions familiales et nationales (4), ainsi que l'absence de tout domicile volontaire

(1) Trib. civ. Boulogne-sur-Mer, 23.12.1921, *Clunet* 1922, p. 416, Milligan (Ep. Anglais).

(2) C. Alger, 1^{re} ch., 12.5.1926, *Revue Dr. Int. Pr.* 1928, p. 669, *Clunet* 1928, p. 163, Cohen c/ Sciamana.

(3) Trib. civ. Versailles, 15.5.1924, *Revue Dr. Int. Pr.* 1925, p. 240, Kelly c/ Gould (Américain-Anglaise). Voir aussi C. Alger, 2.1.1908, *Revue Dr. Int. Pr.* 1910 p. 855, Vigliano c/ Haas (Italiens).

(4) C. Paris, 1^{re} ch., 26.7.1910, *Clunet* 1911, p. 576, Dame Potocka (Pignatelli) c/ Potocki et Blossier (Ep. Russes). Cf. le jugement de 1^{re} inst (Seine, 16.7.1908), *Revue Dr. Int. Pr.* 1913, p. 491 & *Clunet* 1909, p. 177.

ailleurs que dans leur pays, que seule la profession du mari leur a fait quitter (1).

La tendance est assez nette. Mais ce n'est, encore une fois, qu'une tendance. De sérieuses présomptions ont fait écarter la loi nationale, au profit de la loi française le plus souvent :

Ainsi en a-t-il été jugé pour des époux, mariés en France sans intervention du consul anglais, qui avaient avant mariage et ont conservé depuis, de façon immuable, leur domicile et leurs attaches professionnelles en France, sans esprit de retour (2).

Une autre décision se contente, pour admettre le choix implicite de la communauté légale française, du mariage célébré en France et de l'établissement d'un domicile matrimonial immédiat et effectif en France (3).

Lieu et mode de célébration du mariage, domicile et établissement professionnel sont autant de signes de l'intention d'écarter le régime légal de la loi nationale.

On voit, parmi ces faits, l'importance donnée au domicile. Et pour jouer ce rôle, il doit être plus qu'un « principal établissement » : il doit avoir, dans l'intention des époux, une stabilité qui le rapproche un peu de la notion anglaise (4) de domicile elle-même.

(1) C. Amiens, 24.3.1904, Clunet 1905, p. 383, Bartholomew (Ep. Anglais).

(2) Trib. civ. Seine, 2^e ch., 7.3.1912, *Rev. Dr. Int. Pr.* 1913, p. 490, Clunet 1913, p. 591, Barber (Ep. Anglais).

(3) C. Alger, 20.12.1911, *Revue Dr. Int. Pr.* 1921, p. 104, Spitéri ; le jugement Schiess, cité *supra*, va même plus loin en affirmant la compétence de la loi du domicile matrimonial, abstraction faite de l'intention. Cf. également Trib. civ. Lille, 29.2.1924, *Revue Dr. Int. Pr.* 1924, p. 228, Lindsay-Hardy (Ep. Anglais).

(4) Cf. *supra*, pp. 31 et suiv.

b) *Mais l'unité de Nationalité peut ne dater que du mariage.* — La femme peut être française d'origine et n'avoir acquis la Nationalité anglaise que par l'effet du mariage. La tendance de la jurisprudence va-t-elle s'en trouver modifiée ?

Tendance générale. — En fait, pour un ménage étranger en général, lorsque la femme est d'origine française, la plupart des décisions appliquent la communauté légale française comme régime d'intention.

Si les exceptions à cette tendance concernent notamment des époux anglais, il n'y a pas lieu de s'arrêter à cette coïncidence, étant donnée la généralité des circonstances prises en considération dans chaque sens.

Les indices relevés comme faisant présumer l'intention d'adopter le régime français sont notamment les suivants :

Première installation fixe en France, après deux résidences passagères des époux à l'étranger, notamment en Suisse dont ils sont sujets. L'établissement en France est définitif et exclusif (achat d'immeuble, industrie, liquidation judiciaire et séparation de biens judiciaire en France). Mais toutes ces circonstances sont nettement postérieures au mariage célébré aux Etats-Unis, et ne font que renforcer le seul indice d'intention contemporain du mariage, qui est la Nationalité française d'origine de la femme : les époux sont censés avoir adopté la communauté française (1).

(1) Trib. civ. Belfort, 13.6.1911, et C. Besançon, 1^{re} ch., 18.3.1912, *Revue Dr. Int. Pr.* 1913, p. 122, *Clunet* 1913, p. 171. Ep. Amsler et Herbelin (Ep. Suisses).

Il en est de même d'un étranger, établi en France sans esprit de retour, qui y épouse une Française et y établit son domicile matrimonial (1). Leur naturalisation et réintégration postérieure ne font que confirmer leur intention lors du mariage (2).

Il suffit même, dans une autre décision, que le domicile matrimonial ait été fixé en France, pays d'origine de la femme (3).

Un arrêt de la Cour d'Alger (4), déclarant, des époux anglo-maltais soumis au régime légal français, mérite un examen spécial.

La Cour affirme d'abord d'une façon générale et peut-être trop absolue que « selon le dernier état de la jurisprudence, lorsqu'il s'agit de mariages contractés entre Français et étrangers, on doit présumer que les époux, à défaut d'une manifestation expresse de leur volonté ont entendu adopter le régime formant le droit commun du pays où ils ont établi le domicile matrimonial, quel que soit d'ailleurs le lieu où le mariage a été célébré ».

Mais la Cour elle-même paraît avoir douté de la valeur absolue d'un tel principe ; en effet, elle énumère ensuite les circonstances particulières de l'espèce pour les mettre à l'appui de sa décision :

(1) C. Toulouse, 2^e ch., 23.1.1913, *Clunet* 1913, p. 945 Rostain / d'Alessandri (Ep. Italiens) ; Trib. civ. Saint-Etienne, 1^{re} ch., 21.1.1914, *Revue Dr. Int. Pr.* 1914, p. 583, Bondetti (Ep. Italiens) ; voir aussi *Revue* 1910, p. 855 (Ep. Méla).

(2) Arrêt Rostain précité.

(3) Trib. civ. Boulogne-sur-Mer, 19.3.1915, *Clunet* 1917, p. 179, Hamacher c/ Duval (Ep. Allemands).

(4) C. Alger, 1^{re} ch., 23.12.1915, *Clunet* 1917, p. 675, Museat (Ep. Anglo-Maltais).

Le mari quoique Anglo-Maltais était né à Tunis et y a toujours résidé. Il y a épousé une Française qui y habitait. Le ménage est resté à Tunis où le mari avait son métier. La naturalisation et réintégration française des époux survenue quatre ans après le mariage achèvent d'éclairer la Cour sur leur intention lors du mariage.

Enfin, les décisions les plus récentes soumettant le régime légal à la loi française font, comme toutes les précédentes, intervenir le domicile matrimonial en combinant cet indice avec le fait que le mariage a eu lieu en France (1). La dernière en date (2) ajoute même un argument nouveau : l'intérêt pécuniaire qu'avait la femme, dépourvue de fortune personnelle, à l'adoption de la communauté légale française.

B) *Décisions contraires.* — Mais, s'agissant toujours d'époux étrangers, la femme étant d'origine française, quelques décisions, à l'opposé de la tendance générale, concluent à l'intention d'adopter le régime légal de leur loi nationale.

Ce fut notamment le cas (3) pour des époux britanniques, malgré l'origine française de la femme et bien que le ménage, marié à Marseille sans immatriculation au

(1) Trib. régional de Strasbourg, 1^{er} ch., 15.10.1923, *Revue Dr. Int. Pr.* 1924, p. 223, Knauss (mari alsacien); C. Grenoble, 1^{re} ch., 6.11.1923, *ibid.* p. 226, Rocchi (Ep. Italiens); Trib. Seine, 1^{er} ch., 16.1.1924, *ibid.* p. 227, Pruneyre c/ Benoît Lévy et Weimberger (Epoux Lévine, Russes).

(2) Trib. civ. Seine, 1^{er} ch., 11.5.1933, Clunet 1933, p. 970, Cons^{ts} Mondet c/ Rouxel (ép. Italiens).

(3) Trib. civ. Bouches-du-Rhône, section Marseille, 22.2.1927, *Revue Dr. Int. Pr.* 1927, p. 521, Clunet 1927 p. 1106, ép. Coombs (Anglais); (voir aussi en 1910, Trib. Seine 25.4.1910, *Revue Dr. Int. Pr.* 1910, p. 855, Albertini).

consulat britannique, ait vécu en France. Deux raisons, en effet, empêchèrent le tribunal d'en conclure à l'adoption tacite de la loi française.

D'abord les époux n'avaient pu espérer établir un véritable domicile en France, étant donné l'état de guerre et la situation du mari, officier dans l'armée anglaise. Cette situation expliquait, par ailleurs, que, pour éviter les formalités militaires, les époux aient omis de s'adresser au consul anglais. Et, en poursuivant sa carrière après guerre, le mari avait à nouveau montré qu'il n'avait pu songer à se fixer en France.

En outre la femme avait à plusieurs reprises, et sans protestation du mari, pris dans des actes juridiques la qualité de femme séparée de biens. Au choix de ce régime légal anglais elle avait d'ailleurs un intérêt évident, pour garder en propre toute la fortune mobilière qu'elle possédait avant mariage.

Ainsi le jugement relève non seulement des indices positifs marquant l'intention d'adopter le régime anglais, mais aussi l'absence d'un véritable domicile matrimonial.

Allant plus loin, un arrêt de Paris (1) soumit des époux norvégiens au « régime de leur loi nationale, sans adopter celui de la loi du lieu de célébration du mariage, qui, en l'espèce, était la loi du domicile ou de la résidence » (française), parce que, lors du mariage, « le mari, inscrit au consulat norvégien, n'avait pas perdu tout esprit de

(1) C. Paris, 8^e ch., 7.7.1928, *Revue Dr. Int. Pr.* 1929, p. 81, Wille c/ Florentin (ép. Norvégiens).

retour dans son pays d'origine où, comme aujourd'hui, il avait conservé des attaches et des intérêts » (1).

Enfin, un autre arrêt de Paris (2) soumit récemment des époux anglais, domiciliés en France, au régime légal anglais. Et cependant les deux époux étaient nés en France où ils étaient tous deux domiciliés dès avant le mariage.

C'est, dit la Cour, « que les tribunaux doivent rechercher quelle a été leur volonté tacite ou présumée ; qu'il leur appartient d'envisager à cet égard toutes les circonstances de la cause, qu'elles soient antérieures, concomitantes ou postérieures au mariage » (3). Or, malgré les indices cités en faveur de la loi française, il y a des marques explicites de l'intention contraire, qui l'emportent de l'avis des juges : la femme s'est à maintes reprises qualifiée d'épouse séparée de biens ; en outre les comptes de banque et opérations financières de chaque époux étaient distincts, etc...

Conclusion. — C'est à la note de M. Perroud, accompagnant l'arrêt, que nous empruntons la conclusion à en tirer : « Sur le principe la jurisprudence est constante. L'intérêt de l'arrêt consiste dans l'analyse des faits dont il induit la volonté des parties et dans la circonstance que ces faits peuvent l'emporter sur l'indice résultant du domicile matrimonial » (4).

(1) *Ibid.* sur l'absence de lien de dépendance.

(2) C. Paris, 1^{re} ch., 11.10.1929, *Revue Dr. Int. Privé* 1930, p. 497, *Clunet* 1930, p. 1001, Ollys c/ Matthyssens (ép. Anglais).

(3) On voit que la jurisprudence la plus récente reste attachée au principe d'intention.

(4) *Ibid.*

En résumé, que la femme soit étrangère ou Française de naissance, la jurisprudence donne un rôle essentiel au domicile matrimonial comme indice de l'intention des époux pour le choix du régime.

Dans le premier cas, il fait fréquemment échec à la présomption tirée de la Nationalité. Dans le second cas, la tendance en faveur de la loi française devient très nette et le domicile ne suffit pas à l'expliquer : la Nationalité primitive de la femme joue un rôle décisif. La jurisprudence combine alors ces divers éléments : Nationalité primitive de la femme ; établissement en France, et mariage avec une Française d'un étranger qui vient ainsi prendre place dans la société et l'économie françaises. Elle en conclut que les époux ont eu l'intention certaine de soumettre à la loi de ce milieu économique le régime de leurs biens. Le raisonnement est solide et la présomption sérieuse.

Mais, même dans ce cas, la solution contraire reste possible en présence de faits révélateurs d'une intention opposée, dont les tribunaux apprécient en toute liberté l'importance.

C) *Absence de premier domicile matrimonial en France.* — Jusqu'ici, dans les deux premières hypothèses, les époux anglais, lorsque la jurisprudence leur prêtait l'intention d'adopter le régime légal français, avaient toujours en fait établi leur premier domicile matrimonial en France.

Mais la question, quelle que soit maintenant la Nationalité d'origine de la femme, peut également se poser en France même s'ils n'y ont pas établi leur premier domicile matrimonial. Il suffit qu'à un moment où ils ont un

domicile ou une simple résidence en France l'un d'eux ou un tiers ait intérêt à faire établir qu'ils sont communs en biens ou, au contraire, séparés. Ce cas relève assurément de notre étude.

La recherche de l'intention des parties peut-elle alors aboutir à l'application du régime légal français ?

Rien ne s'y oppose en théorie car, le premier domicile matrimonial n'étant qu'un indice de l'intention des époux (1), d'autres indices sérieux peuvent intervenir et faire prévaloir à son défaut l'intention d'adopter le régime français.

Mais en pratique il serait fort difficile d'obtenir une décision en ce sens. Nous avons vu en effet toute l'importance que la jurisprudence attache au domicile matrimonial. Ses décisions ne s'en contentent pas toujours pour appliquer la loi française, mais nous n'en avons pas trouvé qui passent outre à son absence (2) même en présence d'autres indices sérieux : il est donc peu probable que des époux anglais ayant acquis *au cours du mariage* un domicile ou une résidence en France puissent être considérés par nos tribunaux comme ayant eu l'intention d'adopter pour régime la communauté légale française.

Telles sont, pour les différentes situations dans lesquelles les époux anglais peuvent se trouver placés en France, les tendances suivies en jurisprudence quand il s'agit de

(1) Cf. *supra*, p. 86.

(2) Faute de domicile matrimonial français lors du mariage, la loi étrangère est appliquée : cf. jugement Coombs cité *supra* (ép. Anglais) ; et C. Besançon 28.7.1930, *Revue Dr. Int. Pr.* 1931, p. 125, Juvet c/ Eperon (ép. Suisses).

déterminer à défaut de contrat le régime matrimonial légal qu'ils ont eu l'intention d'adopter.

§ 2. — *Régime légal anglais*

Voici les règles essentielles du régime légal anglais qui sera ainsi fréquemment appelé à fonctionner en France.

C'est dans l'Act de 1882 relatif aux « biens des femmes mariées » (1) qu'on les trouve. Le même texte régle-mente donc, avec la capacité de la femme (2), le sort des biens lui appartenant et les obligations pécuniaires des époux entre eux. Le système qui en résulte, sans avoir l'ampleur d'un régime matrimonial au sens français du mot se rapproche beaucoup de notre séparation de biens (3). Chaque époux garde en propre ce qu'il possédait avant le mariage, et aucun patrimoine commun ne se forme au cours de la vie commune.

Tous les biens de la femme sont censés être ses biens séparés, c'est-à-dire qu'elle est présumée, sauf preuve contraire, avoir toute liberté pour les administrer et en disposer (4) : aussi peut-elle engager son patrimoine par

(1) Cf. *supra*, p. 40.

(2) Cf. *supra*, pp. 39 et suiv.

(3) L'analogie n'est plus exacte en présence du régime anglais conventionnel : depuis que la femme anglaise possède des biens séparés, la pratique s'est établie d'introduire dans toute convention matrimoniale ou « Etablissement » (*Settlement*) concernant ses biens, une clause restreignant la libre disposition soit du revenu soit du capital (*restraint on anticipation*) ; cf. André Chéron, thèse citée, pp. 123 et 170. Il y a là une véritable clause de dotalité.

(4) Act de 1882, art. 12. — « Autrefois, la présomption était contraire à ce que les biens de la femme fussent en dehors des pouvoirs du mari, la loi de 1870 levait cette présomption jusqu'à un

tous contrats (1), et de même en acceptant la charge de trustee, d'exécutrice testamentaire, d'administratrice de succession *ab intestat*, ou en exerçant un commerce séparé (2) pour lequel elle peut être mise en faillite.

De même, quand il s'agit de la protection de ses biens réservés, elle peut non seulement ester en justice contre les tiers et *ex contractu* contre son mari, mais même agir *ex delicto* contre ce dernier bien que, en général, le principe d'unité de personnes maintienne cette restriction à son droit d'agir en justice (3).

A l'inverse, la femme est seule tenue des dettes qu'elle contracte pendant le mariage, et le mari n'en est responsable que si la femme a agi non pour elle-même mais comme « agent », exerçant un mandat tacite pour ses besoins ou ceux du ménage (4).

Quant aux dettes pré-nuptiales de la femme, elle en est responsable sur ses biens personnels (5). Le mari, qui peut être, pour ces dettes, actionné conjointement avec sa femme (6), n'en sera déclaré responsable que « jusqu'à concurrence de tous les biens appartenant à sa femme qu'il aura acquis ou aura pu acquérir de par elle, déduction faite de tous paiements opérés par lui et de toutes sommes qui auront été recouvrées sur lui de

certain point. La loi de 1882 la supprime entièrement » (Barclay, *op. cit.*, p. 31).

(1) *Act* de 1893, art. 1^{er}, modifiant l'*Act* de 1882, art. 1^{er}, § 3.

(2) *Act* de 1882, art. 1^{er}, § 5.

(3) *Act* de 1882, art. 12. Elle peut dans les mêmes limites intenter des poursuites criminelles.

(4) Cf. *supra*, pp. 19 et suiv., 69 et suiv.

(5) *Act* de 1882, article 13.

(6) *Ibid.*, cf. art. 15.

« bonne foi et judiciairement, par suite de dettes, con-
« trats ou délits dont la femme s'était rendue responsa-
« ble avant son mariage ; mais il n'en sera responsable
« qu'à ce point... » (1).

Alors que la séparation de biens française est assortie d'une obligation réciproque de contribuer aux charges du ménage, la femme anglaise, bien que séparée, n'est tenue à rien de pareil (2) si son mari a des ressources suffisantes : elle est seulement tenue envers l'Administration de l'Assistance des frais d'entretien du mari devenu indigent, et tenue comme son mari à l'entretien de ses enfants et petits-enfants (3).

Enfin, la loi anglaise ne donnant pas au mari l'administration des biens de sa femme n'édicte aucune obligation de reprise, d'emploi ou de remploi, et ne connaît pas l'hypothèque légale de la femme mariée (4).

§ 3. — *Fonctionnement en France du Régime anglais*

Le fonctionnement de ce régime n'amène pas en général de difficultés en France. Les juges l'appliquent d'ailleurs souvent comme s'il s'agissait de la séparation de biens du Code civil, assimilation qui, en théorie géné-

(1) *Ibid.*, art. 14 (trad. de Barclay, *op. cit.*, pp. 72-73). Mais ceci ne s'applique qu'aux mariages contractés depuis le 1^{er} janvier 1883. Pour les mariages plus anciens les systèmes antérieurs restent applicables : cf. Barclay, *op. cit.*, p. 34, note 1 ; et *Annuaire de Législation Etrangère* de 1874, p. 32, texte de l'*Act* du 30 juillet 1874 (art. 5), pour les mariages postérieurs à cette date. Pour les mariages antérieurs, cf. *Act* du 9 août 1870, *Annuaire de Législation Etrangère* 1871, p. 55 ; cf. Stephen, trad. citée, vol. III, pp. 117 et 636.

(2) Cf. A. Chéron, thèse citée, p. 79.

(3) *Act* de 1882, art. 20.

(4) Cf. Barclay, *op. cit.*, p. 37.

rale, serit excessivè, mais qui le plus souvent s'accorde avec les circonstances.

a) Mais là où le Droit anglais s'écarte du nôtre, il paraît devoir s'appliquer intégralement à l'exception d'une disposition déjà signalée comme contraire à l'ordre public : la non contribution de la femme aux charges du ménage (1). Les autres divergences s'expliquent par la pleine capacité accordée à la femme anglaise et ne paraissent pas plus que la capacité elle-même (2) se heurter à la notion française d'ordre public.

b) *Qualification.* — Quant aux difficultés de qualification, puisque la détermination de l'intention est une pure question de fait, seule la question préalable de savoir s'il y a ou non contrat peut y donner lieu.

Or, ni en France, ni en Angleterre où le mariage donne lieu à deux actes bien caractérisés, le contrat (3) et l'acte de célébration (4), on ne rencontrera normalement de difficulté.

Un doute a pu s'élever cependant au sujet de l'acte dit Ketouba par lequel est constatée la célébration du mariage religieux selon la coutume juive.

En 1926, la Cour d'Alger (5), statuant sur la nature juridique de la Ketouba établie par les Rabbins — notaires israélites de Tunis pour le mariage d'un israélite de

(1) Cf. *supra*, p. 21.

(2) Cf. *supra*, p. 55.

(3) *Marriage settlement*, ou Etablissement en vue du Mariage.

(4) *Act of solemnisation*. Le mariage est prononcé en Angleterre soit devant l'officier civil (Registrar), soit dans un lieu de culte qualifié pour la « Solemnisation ».

(5) C. Alger, 1^{re} ch., 12.5.1926, *Revue* 1928, p. 669, *Clunet* 1928, p. 163. Cohen c/ Sciamana et cons^{tes}, précité.

nationalité britannique, décida que « cet acte ne constitue pas un contrat de mariage puisqu'il ne contient aucune stipulation relative aux biens de l'époux et aux biens de l'épouse, autres que son apport et la donation qui lui est faite ; qu'il ne représente qu'un contrat exigé pour la régularité du mariage religieux » (1).

La Cour en concluait à l'application du régime légal anglais que ces époux étaient censés avoir choisi.

Mais tout récemment, un arrêt de la Cour d'appel d'Alexandrie (2), statuant sur la nature de la Ketouba d'israélites anglais, décidait qu'elle était non pas « une simple formalité religieuse » (3) mais un véritable contrat de mariage avec acceptation du régime dotal, excluant par conséquent l'application du Droit commun anglais de l'Act de 1882 (3).

Le désaccord peut à la rigueur s'expliquer par des différences dans le contenu des deux Ketoubas. Mais il est probable que le principe même de qualification de l'acte est ici en jeu. Et comme le rôle de la Ketouba n'est pas négligeable spécialement dans le ressort de la Cour d'Alger (4), les mêmes époux israélites anglais pourront être soumis en France à un régime légal d'intention faute de véritable contrat, tandis que les juridictions britanniques s'en tiendront à l'application de leur Ketouba considérée comme un contrat de mariage. La différence de

(1) *Ibid.*, p. 166.

(2) C. Appel mixte Alexandrie, 26.1.1932, juge Mc. Barnet, *Bull. Jurispr. Egypt.* 1932, t. 44, p. 143, *Clunet* 1932, p. 803, Arwas c/ Schinazi.

(3) *Clunet*, p. 804.

(4) Cf. notamment C. Alger, 9.2.1910, *Revue Dr. Int. Pr.* 1913, p. 103, Zermati-Sonissa.

qualification entraînera de nombreuses difficultés pratiques.

c) *Le Renvoi*. — L'application en France, à des époux anglais, du régime de Droit commun de leur propre loi soulève une dernière question, celle du renvoi :

Quand la jurisprudence admet le renvoi, le plus souvent en matière d'Etat ou de successions, elle en donne une justification générale qui permet de ne pas s'en tenir à ces seules applications (1). Bien mieux on trouve un arrêt de la Chambre des Requêtes qui l'a implicitement admis en matière de régime matrimonial légal (2).

Il y a donc lieu de se demander si la loi anglaise, prise comme la loi du régime, ne contient pas à son tour des dispositions de renvoi qui puissent fonctionner dans notre hypothèse et rendre compétente la loi française.

Or ces dispositions existent : en effet, loin de considérer le régime matrimonial légal comme indivisible (3), le Droit anglais soumet les immeubles au régime légal de la loi de leur situation (4); et les meubles à celui de la loi du domicile du mari à la date du mariage (5).

Sera-t-il possible d'admettre en France le renvoi, par la loi anglaise, compétente en vertu de l'intention tacite des époux, à la *lex rei sitæ* pour les immeubles et à la loi du domicile pour les meubles ? Deux difficultés se présentent :

(1) Voir notamment Cass. req., 13.1910 (aff. Soulié), *Revue Dr. Int. Privé* 1910, p. 872, *Clunet* 1910, p. 888 : « La loi française de Droit international privé ne souffre nullement du renvoi... »

(2) Cass. req., 18 juil. 1905, *Clunet* 1906, p. 446, & *Revue Dr. Int. Pr.* 1910, p. 200, dame Achille c/ Balsan.

(3) Ce qui est la règle en Droit français.

(4) Cf. Dicey, *Conflict of Laws*, 5^e éd., p. 588.

(5) Cf. *ibid.*, pp. 764-765.

1° il se peut que le domicile comme la situation des immeubles désignent la loi française. Le régime de communauté s'appliquera alors aux biens des époux.

Mais si les immeubles sont en Angleterre et le domicile en France, ou vice versa, on ne peut appliquer distributivement les deux régimes de Droit commun car le régime matrimonial est indivisible en France (1). Il faudra donc s'en tenir, pour régler le sort de tous les biens, au régime légal anglais, le renvoi ayant en l'espèce des conséquences contraires à l'ordre public français ;

2° une objection plus profonde a été soulevée : Etant donné son caractère général, et la rareté d'application du renvoi à la question du régime matrimonial, nous ne faisons que la signaler :

Le renvoi, en matière de régime matrimonial, n'est pas exactement comparable au renvoi en matière d'Etat ou de Succession (2).

Le Juge, au lieu de partir de l'*impératif* de sa propre loi et de se demander ce qu'il faut entendre par application de la loi étrangère (3), s'adresse à la loi étrangère simplement parce qu'elle est désignée par la règle française d'autonomie *supplétive* de la volonté des parties (4).

(1) Cf. *Revue Dr. Int. Privé* 1913, pp. 118 et 119 : note critiquant l'arrêt d'Alger cité *supra* (Zermati-Sonissa), en ce qu'il écarte, pour des immeubles situés en France, le régime légal étranger ; il résulte des nombreuses décisions qu'elle cite, que la jurisprudence, d'accord avec la doctrine, entend soumettre à une seule loi l'ensemble des biens envisagés quant au régime.

(2) Cf. Mazas, *De la combinaison entre la théorie du Renvoi et celle de l'Autonomie à propos du Régime matrimonial des époux mariés sans contrat*, article au *Clunet* 1907, pp. 603 et suiv.

(3) *Ibid.*, p. 605.

(4) *Ibid.*, p. 607

Le reproche adressé ordinairement au renvoi de fausser l'application d'une règle française *impérative* (1) n'est donc pas ici pertinent (2).

Mais alors est-il exact de parler ici de renvoi ? Ou bien il y a substitution, à la loi supplétive tacitement adoptée par les parties, d'une loi désignée par un impératif étranger, anglais en l'espèce. Ce serait le renvoi classique (3).

Ou bien la loi tacitement adoptée par les époux reste compétente jusqu'au bout, en ce sens, qu'on prête aux époux l'intention d'abord d'adopter la loi anglaise, puis celle d'adopter toutes ses dispositions, même celles renvoyant à une loi étrangère. Mais alors, le fond du raisonnement, ce n'est plus le renvoi proprement dit, c'est la recherche de l'intention menée jusqu'au bout, et dans des détours que les époux ont, cette fois, sans aucun doute ignorés.

Et cependant, si artificiel que soit ce raisonnement (4), il est le seul qui respecte l'intégrité du principe d'autonomie. La substitution, sous prétexte de renvoi, d'une règle étrangère impérative à une règle française supplétive nous paraît en effet très dicutable (5) : c'est à cela, cependant, qu'aboutirait l'application au régime matrimonial de la notion ordinaire de renvoi. Mieux vaut

(1) Cf. *Artin, Principe*, tome 1, § 82, pp. 208 et suiv.

(2) Cf. *Mazas, loc. cit.*, p. 606.

(3) *M. Mazas* n'envisage pas cette interprétation.

(4) *M. Mauzas, loc. cit.*, pp. 606 et suiv. en fait une critique détaillée.

(5) On viole plus certainement l'esprit de la loi française de conflit en substituant au critérium d'intention le principe impératif étranger de domicile, qu'en complétant l'impératif français avec l'impératif de la loi étrangère qu'il désigne, ce qui est le cas normal de renvoi.

écarter ici le renvoi et rechercher jusqu'au bout l'intention des époux anglais relativement à leur régime.

On voit ici, poussés à l'extrême les inconvénients du système jurisprudentiel de conflit appliqué à la détermination du régime matrimonial légal.

SECTION II. — CONVENTIONS MATRIMONIALES

Les conventions particulières, portant sur le régime des biens entre époux, sont permises et prévues par le Droit anglais comme par notre Code civil.

Or le Droit français donne une règle de conflit, que l'on fonde d'ordinaire sur le principe de Droit interne de liberté des conventions, il soumet la recherche de la loi compétente à l'autonomie de la volonté (1). Les contractants peuvent donc emprunter leur régime à une législation de leur choix, ou encore, sans adhésion à un régime précis, convenir de soumettre à une loi déterminée la mise en œuvre de leurs conventions, et leur interprétation.

Mais cette règle de conflit n'est qu'une application particulière de la règle admise pour les contrats en général. Son étude sortirait donc de notre sujet, n'étaient les questions spéciales qu'elle oblige ici à poser, soit en marge (1°), soit dans le cadre même de la loi d'autonomie (2°) :

1° le Droit français soumet les conventions matrimoniales à des conditions particulières externes de capacité

(1) Le principe même d'autonomie de la volonté et son fondement sont extrêmement discutables. Cf. Niboyet, *Manuel*, p. 302, n°s 697 et suiv., l'auteur rejette l'analogie avec le principe de liberté des conventions.

et de forme qui intéressent des règles de conflit autres que la loi d'autonomie ;

2° sur le fond même des conventions, le principe de liberté est, en France, limité par des règles telles que l'immutabilité et l'universalité (1) du régime et par des prohibitions plus générales, telles que celles des substitutions ou des clauses d'indisponibilité, ou des clauses restreignant la puissance maritale. Selon le caractère, en Droit International, de toutes ces règles ou prohibitions, les conventions conformes à la loi anglaise qui y porteraient atteinte seront en France inopérantes ou pleinement valables.

La question se pose notamment pour les conventions passées *au cours* du mariage, et pour les clauses de trust analogues aux substitutions, qui sont fréquentes dans les contrats anglais.

Nous étudierons donc la capacité et les formes, puis les conditions intrinsèques, requises pour la validité en France d'une convention matrimoniale concernant des époux anglais.

§ 1^{er}. — Capacité

Tout contrat, à quelque législation qu'il emprunte sa forme ou ses règles de fond, est soumis, pour la capacité exigée des contractants, aux règles de la loi nationale de ceux-ci.

Ce principe français de conflit de lois, basé sur l'article 3, § 3, s'applique notamment au contrat de

(1) L'effet universel du contrat de mariage, admis depuis Dumoulin, est un principe général, interne et international, mais qui depuis l'unification du Droit français n'a de conséquences qu'en Droit international, ou en matière de conflits d'annexion.

mariage (1). C'est donc sa loi nationale lors du contrat qui décide, pour chaque partie (2), si elle est capable, et fournit, s'il y a lieu, les règles d'habilitation.

Or, on sait que la loi française interne, quand un mineur fait un contrat de mariage, le dispense des règles ordinaires d'habilitation en exigeant seulement qu'il soit assisté, au contrat, des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour se marier (3).

Observons tout de suite que cette règle s'appliquera même entre époux anglais si, lors du mariage, l'un d'eux ou tous deux étaient français, ou si, malgré l'origine anglaise commune des époux, la loi française de capacité s'applique par renvoi (4).

Mais ce sont là des exceptions : normalement, la loi nationale commune des époux s'appliquera ; on y trouve précisément, comme au Code civil, un système spécial pour les conventions de mariage (5) :

Le Droit anglais ne prévoit pas, pour le mineur (cet état dure jusqu'à vingt et un ans), un mode général de représentation par ses protecteurs naturels. Les actes qu'il passe lui-même sont les uns pleinement valables parce qu'ils ne peuvent être qu'avantageux, les autres nuls absolument à cause des dangers qu'ils présentent. D'autres enfin, et c'est le cas des conventions de

(1) Cf. Niboyet, *Manuel*, p. 827, n° 710, 1°.

(2) *Ibid.*

(3) « *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* » ; c'est l'art. 1398 du C. civ., dont l'interprétation est très discutée : cf. Aubry et Rau, V^e éd., t. VII, p. 487, § 502.

(4) Cf. *supra*, pp. 48 et suiv.

(5) Halsbury, *op. cit.*, vol. 17, *Infants & Children*, p. 101, n° 244 et suiv. Stephen, trad. citée, tome I, 1933 (Desserteaux), p. 344.

mariage (1) sont simplement annulables, et deviennent définitifs s'ils sont confirmés par lui à sa majorité, ou ne sont pas alors répudiés dans un délai convenable. Tel est le « Common Law ».

En outre, en vertu d'un Act de 1855 (2), lorsque le futur époux est âgé de vingt ans ou la future épouse de dix-sept ans, il suffit de l'homologation (3) du tribunal pour que le contrat soit valable et définitif.

C'est d'après ces règles coutumières et légales que la validité du contrat, quant à la capacité des parties, sera en principe appréciée en France, sous réserve des remarques suivantes :

1° le droit de révocation du contrat va à l'encontre du principe français d'immutabilité des conventions matrimoniales ; l'exercice en France de ce droit, ne sera donc possible que si l'immutabilité n'y est pas d'ordre public international, ce que nous rechercherons plus loin ;

2° d'autre part, un contrat, passé en Angleterre dans les conditions de capacité de l'Act de 1855, sera utilisable en France, parce qu'il révèle un mode sérieux de protection des incapables, et qu'il s'agit seulement des effets en France d'un acte valable et définitif aux termes d'une loi étrangère compétente. Par contre, il serait hasardeux de se conformer à l'Act de 1855, pour la confection en France d'un contrat de mariage notarié entre Anglais (4)

(1) *Ibid.*, *id.*

(2) *Infant Settlement Act* 1855, article 1^{er} (Act relatif à l'établissement des Mineurs), cité dans *Everyday Statutes Annotated*, S. E. Williams, 1929, t. 2, p. 1528.

(3) *Sanction*, donnée par la *Chancery Division*.

(4) Nous suivons la distinction, classique depuis Pillet, des droits acquis et de l'acquisition des droits.

bien que ses règles ne concernant pas les formes mais la capacité. En effet, outre que l'intervention du tribunal aux fins d'homologation serait difficile à justifier, il s'agirait alors non plus des effets, mais de la confection (1) en France d'un contrat de mariage pour lequel les facilités d'habilitation de l'article 1398 maintiennent un minimum de protection des incapables : c'est ce minimum qu'il faudrait leur appliquer.

§ 2. — *Formes*

Le contrat de mariage, qui en Droit français doit revêtir la forme notariée, peut au contraire en Droit anglais être fait sous seings privés.

a) *Formes proprement dites.* — Le plus souvent, les parties désireuses de faire un contrat adopteront la forme sous seings privés anglaise ou la forme notariée française suivant que la célébration du mariage aura lieu en Angleterre ou en France. Et dans l'un et l'autre cas, le contrat sera valable en France par l'effet de la règle « *locus regit actum* ».

Mais il se peut qu'elles passent le contrat en France sans l'assistance d'un notaire. Par exemple, selon l'usage de leur pays, elles signent un acte privé dressé par un *solicitor* exerçant en France (1). L'acte, bien qu'il ne soit pas conforme à la loi du lieu de passation, sera-t-il valable ? Tout dépend du caractère, impératif ou facultatif,

(1) C'est le cas pour l'espèce jugée par la Cour de Douai, citée *infra* ; le mariage avait été célébré par l'agent diplomatique anglais à Paris, ce qui révèle la volonté des époux « de rester soumis aux lois de leurs pays d'origine », *loc. cit.*, p. 58 de Selby c/ Logette.

que l'on reconnaît en France à la règle « *locus regit actum* ».

Or on sait que la doctrine comme la jurisprudence récentes (1) tendent à considérer cette règle comme simplement facultative. Quoique la Cour de cassation ne se soit prononcée que pour les testaments (2), la solution paraît acquise d'un point de vue général (3) et il faut l'appliquer ici faute de décision spéciale récente.

D'ailleurs, dès 1887, la Cour de Douai (4) statuait en ce sens au sujet précisément d'un contrat de mariage, entre Anglais, rédigé en France sous seings privés. Réformant un jugement du tribunal de Boulogne (5) qui déclarait l'acte nul en la forme, la Cour le reconnut valable : « attendu que la règle *locus regit actum* n'a pas « la rigueur que lui ont donnée les premiers juges ; « attendu que cette règle est, pour les étrangers stipulant « entre eux en France suivant les lois de leurs pays, purement facultative » (6). Il est donc loisible à des Anglais de passer un contrat de mariage, en France, sous seings privés (7).

(1) Cf. Niboyet, p. 672, n° 549 et suiv. Sur les caractères de la règle « *Locus regit actum* », et notamment son caractère facultatif, appliqués au contrat de mariage, cf., *Le contrat de mariage en Droit comparé et en Droit international*, Déglin, thèse Nancy 1883, précitée, pp. 192 et suiv., pp. 205 et suiv.

(2) Cf. Cass. civ., 20.7.1909, *Revue Dr. Int.* 1909 pp. 900 et suiv.

(3) Cf. Niboyet, *Manuel*, p. 677, n° 553.

(4) C. Douai, 13.1.1887, 2^e ch., *Clunet* 1887, p. 57, de Selby c/ Logette.

(5) Trib. civ. Boulogne-sur-Mer, 8.4.1886, *loc. cit.*

(6) *Id.*, p. 64.

(7) Ce droit leur est également reconnu par la loi anglaise.

Cette liberté a ses répercussions sur la publicité ainsi que sur l'immutabilité du contrat de mariage, ces deux questions étant subordonnées, à des titres divers, aux règles de forme proprement dites (1).

b) *Publicité*. — Elle est assurée en France par la mention à l'acte de mariage, acte public, de la réponse des époux à l'interpellation faite par l'officier de l'état civil. L'acte porte qu'ils déclarent n'avoir pas fait de contrat, ou en avoir fait un chez tel notaire qu'ils désignent. Munis de ce renseignement, les tiers, s'il y a lieu, s'entendent avec les époux pour la communication du contrat dont l'authenticité les protège contre toute destruction ou autre fraude (2).

Mais ce système de publicité ne peut fonctionner, faute d'interpellation, si le mariage a eu lieu en Angleterre ou devant un agent diplomatique anglais. Et il reste précaire si le contrat, auquel renvoie la mention de l'acte de célébration français, a été passé sous seings privés en la forme anglaise, quoique en France.

L'insuffisance de publicité empêchera-t-elle alors le contrat d'avoir plein effet en France vis-à-vis des tiers ?

Remarquons que la simple application de la règle de conflit amène à déclarer le contrat pleinement valable. Les lois de publicité sont en effet territoriales et tant en Angleterre où les formes n'en sont pas publiques, qu'en France où les Anglais peuvent encore, nous venons de le

(1) Mais elles restent distinctes : voir en effet *infra*, pour l'immutabilité ; pour la publicité, Aubry et Rau, V^e éd., t. 7, § 504, et Bar tin, *Principes*, t. II, § 352, p. 470.

(2) C. civ., art. 1394 et art. 75 (Loi du 10.7.1850, dite loi Valette). Quant à la publicité du contrat de mariage des commerçants, cf. *infra*, pp. 113 et suiv.

voir (1), choisir la forme anglaise, un tel contrat a en principe sa pleine valeur malgré son caractère occulte (2).

Le jeu normal des règles de conflit ne protège donc pas les tiers amenés à contracter avec les époux anglais, et c'est seulement au nom de l'ordre public qu'ils pourraient invoquer le défaut de publicité du contrat.

Or l'esprit même de la loi Valette en Droit interne peut servir à déterminer si et dans quelle mesure on doit la considérer comme d'ordre public international : on sait que selon l'interprétation générale de la loi (au Code, art. 1391) la seule sanction de déclarations inexactes quant à l'existence d'un contrat c'est l'inopposabilité aux tiers de l'inaliénabilité dotale et de ses conséquences.

Aussi est-il certain que seuls les contrats étrangers portant une clause d'indisponibilité ou de dotalité pourront être déclarés inapplicables en France à cet égard pour défaut de publicité ; ce serait notamment le cas des clauses de trust dans les contrats anglais.

Telle est bien en général la solution de la doctrine : « faute de cette publicité, la femme ne pourrait se prévaloir en France de l'inaliénabilité dotale ou des clauses d'emploi ou de remploi qui engagent généralement la responsabilité des tiers » (3). Et la doctrine invoque

(1) Cf. *supra*, p. 110.

(2) Si même la loi Valette s'imposait en France comme règle de Police, son aménagement empêcherait des époux mariés à l'étranger de s'y conformer, puisqu'elle a pour point de départ une interpellation prévue seulement à l'acte français de célébration du mariage. Mais la jurisprudence soumet la publicité comme les formes proprement dites, à la règle « *Locus regit actum* » qui est facultative : cf. Déglin, thèse citée, p. 207.

(3) Aubry, thèse citée, p. 211.

à cet effet tantôt l'ordre public, tantôt l'art. 3 § 2 du Code civil s'appliquant à la publicité des immeubles français (1).

Mais la jurisprudence, qui a fréquemment à statuer sur les clauses d'inaliénabilité et notamment de trust, ne paraît pas, lorsqu'elle les déclare non valables, le faire en vertu du seul défaut de publicité des contrats étrangers qui les contiennent : comme nous le verrons, sa préoccupation est plutôt de n'admettre les trusts que s'ils respectent suffisamment la libre circulation des biens, en ne les frappant que d'indisponibilité relative ou temporaire ; mais alors, c'est sur le fond du contrat, non sur la publicité qu'intervient l'ordre public.

En pratique, donc, le défaut de publicité n'empêche pas un contrat de mariage entre Anglais d'avoir effet en France.

Il ne s'ensuit pas que les tiers ne soient jamais protégés : c'est ainsi que les juges français ont tenu compte des circonstances de fait pour voir une véritable fraude aux créanciers dans le silence gardé sur l'inaliénabilité d'un de ses biens par une femme anglaise qui trompait ainsi les tiers sur son véritable crédit. La responsabilité de la femme existait alors, indépendamment du défaut de publicité officielle, en raison de son intention frauduleuse (2).

La publicité exigée des commerçants présente en France des caractères très différents : l'obligation de publier le contrat de mariage est une règle de police liée

(1) Cf. Aubry, *loc. cit.* ; cf. notamment Martin, *Principes*, t. II, § 352, p. 471 et suiv.

(2) Trib. civ. Seine, 23.2.1927, *Rev. Dr. Int. Privé*, 1927, p. 263.

à l'exercice de la profession et s'imposant par conséquent aux commerçants anglais établis en France (1). N'étant pas subordonnée à une formalité de l'acte de célébration du mariage, elle ne soulève pas non plus de difficulté pratique.

c) *Immutabilité*. — Le principe suivant lequel les conventions matrimoniales ne peuvent être passées qu'avant mariage et ne peuvent être modifiées dans la suite dépend étroitement en fait des règles de forme et de publicité qui se combinent pour en garantir l'observation. Les trois questions sont d'ailleurs réglementées ensemble au Code civil (2).

De cette simple dépendance de fait, la Cour de cassation a conclu, en Droit international, à l'assimilation de la question d'immutabilité à celle des formes du contrat : « La détermination de l'époque à laquelle doit intervenir « ce pacte, comme tout ce qui tient à sa forme extérieure, « est soumise à l'empire de la règle *locus regit actum* » (3). La Cour Suprême a ainsi par deux fois (4) validé des conventions postérieures à la célébration du mariage passées à l'étranger entre Français. La solution vaudrait *a fortiori* pour des étrangers et notamment pour des époux anglais faisant un contrat de mariage en Angleterre où ces conventions ne sont pas soumises à la règle d'immutabilité (5).

(1) Voir, cependant, C. Rennes, 4.3.1880, Dalloz 1881, II, pp. 210 et suiv., cité par Déglin, thèse citée, pp. 207 et suiv.

(2) C. civ., art. 1395.

(3) Cass. civ., 11.7.1855, Sirey 1855.1.701.

(4) Arrêt cité *supra* & Cass. req., 24.12.1867, Sirey 1868.1.134 ; dans le même sens, cf. C. Montpellier, 25.4.1844, S. 1845.2.7 & *Pand.* 1845.1.162.

(5) Il peut, en Angleterre, y avoir un « post-nuptial settlement »

Mais ni la doctrine ni la jurisprudence récente n'ont suivi cette voie (1). Dans la réalité, en effet, l'immutabilité est non pas une règle de forme mais une notion fondamentale, que chaque législation admet ou rejette selon la façon dont elle envisage la protection des époux et des tiers. Et en France où elle est admise elle est bien distincte des règles de forme du contrat qui n'interviennent que pour la garantir.

La *lex loci contractus* est donc écartée et c'est la loi personnelle (2), de préférence à la loi du régime (3), qui dans l'opinion dominante décidera de la validité des conventions postérieures au mariage. Seule, en effet, la loi qui gouverne la capacité a qualité pour imposer aux contractants cette mesure de protection.

En conséquence, puisque la loi anglaise autorise les conventions matrimoniales postérieures au mariage, un pareil contrat entre époux anglais sera de ce point de

(*Etablissement* après mariage s'opposant à l'établissement en vue du mariage « ante-nuptial settlement »).

(1) Cf. Sirey 1929.2.17, note de M. Niboyet sous l'arrêt de Colmar, 28.3.1928, Palée ; cf. *Répertoire de Dr. Int.*, de MM. de Lapradelle et Niboyet, t. IV, *Communauté conjugale*, n° 186 et suiv.

(2) Cf. Douai, 13.1.1887, Sirey 1890.2.148 & Clunet 1887, p. 57 : de Selby c/ Logette (Epoux Anglais ; mais il ne s'agit pas directement de l'immutabilité) ; Trib. Seine : 11.6.1896, Clunet 1896, p. 870 ; 29.5.1901, Cl. 1902, p. 361 ; 21.3.1907, Cl. 1907, p. 1124 (affaires Vlassov) ; C. Orléans, 24.2.1904, Clunet 1904, p. 680, Gessling c/ Viditz ; Trib. Seine, 21.5.1910, *Revue Dr. Int. Privé* 1911, p. 352 (De Montfort) ; C. Colmar, 28.3.1928, Sirey 1929.2.17 (Palée). La doctrine est en ce sens : cf. Niboyet, *Manuel*, p. 828, n° 710, et note sous l'arrêt de Colmar, auteurs cités.

(3) Voir cependant le jugement de première instance dans l'affaire Palée (Strasbourg, 27.3.1925, *Revue Dr. Int. Privé* 1925, p. 557 & *Gas. Pal.*, 7-8 juin 1925).

vue valable en France ; à moins que par l'effet du renvoi la loi applicable soit au contraire la loi française, en tant que loi du domicile des époux ou simplement du mari (1).

Et il n'y a pas lieu de distinguer selon que le contrat met fin à un régime légal ou succède à un premier contrat : il s'agit de la mutabilité du régime en général (contractuel ou conventionnel tacite) et la loi qui en décide, sera de toute façon celle qui gouverne la capacité des époux lors du changement projeté (2).

Enfin, suivant une troisième opinion, qui écarte la loi personnelle comme la *lex loci contractus*, il faudrait appliquer aux étrangers le principe français de l'immuabilité du régime, considéré comme d'ordre public international (3) « cette disposition... ayant été établie dans un but de protection pour les époux, et de sécurité pour les tiers » (4).

(1) C'est en effet la loi du mari qui prévaut (cf. note de M. Niboyet, précitée).

(2) Voir notamment, en faveur de la loi du Statut personnel nouveau, Trib. Seine (de Montfort), Trib. Strasbourg & C. Colmar (Palée), cités *supra* ; les deux dernières décisions tranchent un conflit d'annexion.

(3) Cf. C. Alger, 9.2.1910, *Revue Dr. Int. Pr.* 1913, p. 103, Zermati (douteux) ; Trib. Marseille, 8.5.1913, *Revue Dr. Int. Privé* 1914, p. 581, Clunet 1914, p. 1271, Lercaci et Caldani ; Trib. Strasbourg, 15.10.1923, *Revue Dr. Int. Privé* 1924, p. 223, Clunet 1924, p. 1060, Knauss (les époux alsaciens étant Allemands lors du prétendu changement de régime, et redevenus Français lors du procès, l'espèce n'est pas concluante pour le caractère d'ordre public international de l'article 1395). C. Amiens, 9.2.1926, *Revue Dr. Int. Pr.* 1928, p. 405, Clunet 1927, p. 388, Graffenried-Villars ; Trib. Meaux, 4.5.1928, Clunet 1928, p. 1223, Pillon c/ Peck (régime légal de séparation de biens de l'Etat de New-York).

(4) Trib. Marseille 1913 (Lercaci), précité.

Mais, parmi les décisions rendues en ce sens, plusieurs ont une portée très limitée : l'ordre public attaché à l'immutabilité y intervient en matière immobilière afin de réduire la *lex rei sitae* à son domaine propre (à savoir le régime foncier local) et d'assurer l'unité et la stabilité du régime matrimonial nonobstant la dispersion et la transformation des biens des époux (1). Plus généralement, nous ne croyons pas que la règle d'immutabilité puisse faire échec en France à la loi personnelle des époux car « sans doute... les tiers sont aussi intéressés à « la règle de l'article 1395 du Code civil mais... il leur appartient de ne contracter avec des étrangers qu'après « s'être renseignés exactement sur leur capacité » (2).

On peut ajouter qu'il est bien excessif de prétendre protéger les tiers en imposant en France l'immutabilité de toute convention matrimoniale, alors que la publicité du contrat qui est cependant le mode essentiel de protection des tiers ne les garantit pas en principe contre les contrats de mariage étrangers, n'étant pas d'ordre public international (3).

Seule l'application de la loi nationale à la question de mutabilité du régime est donc satisfaisante ; c'est la solution qui domine (4), et que la Cour de cassation

(1) Cf. notamment Trib. Meaux 1928, Pillon c/ Pecq, précité (le régime légal de l'Etat de New-York l'emporte sur celui de la loi française, même pour les immeubles situés en France) ; voir aussi Trib. Versailles, 15.5.1924, *Revue Dr. Int. Privé* 1925, p. 249, Kelly c/ Gould.

(2) Trib. Seine 1901, de Vlassov, cité *supra*. M. Perroud (note sous l'arrêt Graffenried-Villars, précité, conteste, même vis-à-vis des tiers, le caractère d'ordre public de l'immutabilité.

(3) Cf. *supra*, p. 113.

(4) Cf. *supra*, p. 115, texte et note 2.

adopterait probablement aujourd'hui si elle avait à se prononcer (1).

En conséquence, et parce que leur loi nationale le permet, les époux anglais pourront valablement passer un contrat modifiant leur régime antérieur légal ou conventionnel. Et cette mutabilité joue à leur profit indépendamment du choix qu'ils ont pu faire de la législation applicable à leur régime ancien ou nouveau, contractuel ou tacite (2) ; indépendamment aussi de la forme que revêtent leurs conventions.

§ 3. — *Autonomie de la volonté*

La loi personnelle et la *lex loci contractus* ne gouvernent que les conditions extérieures (capacité et formes) de validité du contrat de mariage.

C'est la loi d'autonomie, c'est-à-dire la législation — française, anglaise ou étrangère quelconque — à laquelle les parties ont implicitement ou explicitement soumis leur régime conventionnel, qui seule gouverne le contrat lui-même, c'est-à-dire son contenu et ses conditions intrinsèques de validité. C'est donc d'après la loi d'autonomie, en principe, qu'il sera statué sur les vices du consentement, sur l'interprétation des clauses douteuses, sur les restrictions que subit la liberté des conventions (3), sur les nullités.

(1) Cf. note précitée de M. Niboyet, sous l'arrêt de Colmar.

(2) Cf. *supra*, p. 115 : la loi d'autonomie est écartée en la matière

(3) Toutes les restrictions à la liberté des conventions matrimoniales ne sont d'ailleurs pas gouvernées par la loi d'autonomie, mais l'autonomie est le principe : cf. critique dans Niboyet, *Manuel*, p. 829, n° 711.

a) *C'est la loi française qui gouverne le contrat.* — Elle interviendra dans chacun des cas énumérés plus haut, et notamment en limitant la liberté des parties par la règle d'indivisibilité du régime et celle de la libre circulation des biens.

Mais on remarquera que l'immutabilité des conventions, et la défense de porter atteinte à la puissance maritale, autres limitations qu'apporte le droit interne français à la liberté des conventions matrimoniales, ne dépendent cependant pas de la loi d'autonomie : l'une et l'autre, en effet, sont matières de statut personnel (1) :

Et l'immutabilité, nous l'avons vu, ne s'impose pas, même en France, entre époux anglais (2) ; quant à la puissance maritale, telle que la conçoit le droit français, elle est bien susceptible d'intervenir dans notre hypothèse ; mais ce sera seulement parce qu'on la considère comme d'ordre public international (3), et que par conséquent tout contrat de mariage qui y porterait atteinte peut être attaqué en France, même si la loi personnelle ignore, comme le fait la loi anglaise, le droit de puissance maritale. L'autonomie de la volonté n'y est pour rien.

Nullités. — Toujours dans l'hypothèse où la loi d'autonomie gouvernant le contrat est la loi française, il faut enfin rechercher, au cas de nullité prononcée en France, de quelle nature serait celle nullité. Il semble à première vue qu'elle ne peut être qu'absolue puisque telle est la

(1) Cf. *supra*, p. 115 et p. 24.

(2) Cf. *supra*, p. 117.

(3) Cf. *supra*, pp. 57 et suiv. Comme il a été dit plus haut, l'expression ordre public international s'entend ici d'une disposition qui s'impose en France d'ordre public, même entre étrangers,

règle adoptée par la jurisprudence française pour le contrat de mariage quand il est tout entier contesté (1).

Mais on sait que cette dérogation au droit commun des conventions, d'ailleurs très critiquée en doctrine (2), est justifiée en jurisprudence par le principe d'immutabilité du régime qui précisément ne s'impose pas entre époux anglais (3). On peut donc penser qu'elle n'a plus de raison d'être dans notre hypothèse, et que le contrat, même soumis à la loi française en tant que loi d'autonomie, pourra, si les parties sont anglaises, être frappé de nullité absolue ou relative en application du droit commun français des contrats.

b) *C'est la loi anglaise qui gouverne le contrat.* — On ne peut exposer ici, même de façon sommaire, la réglementation anglaise des contrats de mariage (marriage settlements) (4) : cela dépasserait le cadre de ce travail étant donné surtout que dans l'ensemble ils suivent les principes généraux du droit anglais des contrats et des *trusts* (5).

Il suffit de rappeler que la loi anglaise gouvernera notamment les règles de validité intrinsèque du contrat et son interprétation.

(1) Cass., 5.3.1855, Dalloz 1855.1.101, Cass., 16.6.1879, Dalloz 1880.1.415.

(2) Voir notamment, Planiol & Ripert, *Traité Elém.*, III, pp. 35 et suiv. ; Colin et Capitant, *Cours Elém. de Dr. Civ. Français*, 7^e éd. 1932, t. III, p. 46.

(3) Cf. *supra*, pp. 114 et suiv.

(4) Cf. Halsbury, *op. cit.*, t. XXV, « *settlements* », pp. 526 et suiv., pp. 563 et suiv., etc...

(5) Cf. Commentaire de Stephen, trad. précitée (t. III : Contrats et Torts).

Quant aux restrictions à la liberté des conventions qui atteignent en Droit français le contrat de mariage au nom de l'immutabilité et de l'indivisibilité du régime ou en vertu des principes de puissance maritale ou de libre circulation des biens, elles n'ont pas d'équivalent en droit anglais (1). Cependant comme elles s'imposent toutes d'ordre public en Droit français, il y a lieu de se demander si elles n'y sont pas également applicables aux époux anglais, malgré la loi du contrat.

α) *Immutabilité*: bien qu'elle concerne le contrat, cette notion, nous l'avons vu, dépend de la loi personnelle, non de la loi d'autonomie. En fait le résultat est ici le même: l'immutabilité ne s'impose pas, même au nom de l'ordre public (2).

β) *Puissance maritale*: la même solution de conflit amène à l'écarter, car la notion est inconnue de la loi personnelle (3). Par contre, le respect de la puissance maritale est en France d'ordre public international (4). Aussi les clauses du contrat, même soumis à la loi anglaise, qui y porteraient atteinte ne pourront avoir d'effet en France.

γ) *Indivisibilité du régime*. — Ce principe limite la liberté des conventions, comme il limite les effets du régime légal d'intention ainsi qu'il a été dit plus haut (5). Il faut y revenir maintenant et étudier d'un point de vue général ce que devient le principe français d'indivisibilité

(1) Excepté quelques limites à l'indisponibilité, comme les « *rules against perpetuities* », dont il est parlé plus loin.

(2) Cf. *supra*, pp. 114 et suiv.

(3) Cf. *supra*, pp. 26 et suiv.

(4) Cf. *supra*, pp. 57 et suiv.

(5) P. 103, texte et note 1.

quand le régime, contractuel ou légal, est soumis à la loi anglaise en vertu de l'autonomie de la volonté.

La doctrine et la jurisprudence françaises décident aujourd'hui à peu près unanimement (1) que le contrat de mariage a des effets extraterritoriaux, et que le régime est indivisible quelle que soit la situation des biens des époux.

Tout au contraire la loi anglaise admettrait la coexistence de deux régimes s'appliquant distributivement aux biens des époux (2). En effet, elle admet que les meubles suivent le régime légal de la loi du domicile et les immeubles, celui de la *lex loci* (3). En outre, lorsqu'il y a contrat, les règles d'interprétation en sont, à défaut d'intention expresse ou tacite, celles de la loi du domicile du mari lors du mariage (4), sans préjudice des règles posées par la *lex rei sitae* pour les droits respectifs des époux sur les immeubles possédés à l'étranger (5).

Supposons donc un contrat de mariage qui se réfère à la loi anglaise, expressément ou non.

Une première question se pose, qui pour le régime légal

(1) Cf. *Revue Dr. Int. Privé* 1913, p. 119 : note sous l'arrêt Zermati, cf. *supra*, p. 103, note 1.

(2) Dans la conception du Droit Anglo-Saxon, opposée à la nôtre, le régime des Biens entre époux est une question de statut réel.

(3) Cf. Burgin & Fletcher, *op. cit.*, p. 88. Et le régime des meubles suit la loi du domicile nouveau : *ibid.*, p. 89.

(4) *Ibid.*, p. 85 ; sans changement au cas de nouveau domicile : *ibid.*, p. 87.

(5) « Pour les immeubles étrangers, le contrat de mariage est soumis aux règles souveraines qui peuvent exister dans la *lex situs*. La Cour anglaise, en présence d'une espèce ayant trait aux droits d'un mari ou d'une femme à la propriété d'immeubles à l'étranger, appliquerait les dispositions de droit que les tribunaux de la *lex loci* jugeraient applicables », *ibid.*, pp. 83-84.

s'est posée également (1), est-ce à la loi anglaise interne, ou au contraire à la règle anglaise de conflit qui vient d'être exposée, que les époux ont entendu se soumettre ? Comme pour le régime légal (2) nous répondrons que l'intention des parties doit être recherchée au second degré comme au premier : ont-ils voulu le renvoi ? ou plus exactement ont-ils voulu adopter en bloc la loi anglaise ?

Si la réponse est affirmative, alors seulement se pose la question de l'indivisibilité du régime : sera-t-il admis en France que les effets et l'interprétation du contrat dépendent de deux lois différentes parce que les immeubles et le domicile des époux ne seront pas dans le même pays ?

Le plus souvent, d'ailleurs, on rencontrera cette question mêlée à celle de la mutabilité du régime (3) : quel-qu'un invoquera le changement de domicile des époux pour prétendre que leurs biens mobiliers sont soumis à un nouveau régime (4) ; et si l'intention des époux paraît avoir été de suivre pour le régime des meubles la loi de leur domicile en ses changements successifs, ce n'est pas le principe d'immutabilité qui s'opposera à cette prétention puisqu'il n'est pas d'ordre public international (5).

(1) Cf. *supra*, pp. 102 et suiv.

(2) Cf. *supra*, pp. 104 et 105.

(3) Cf. les jugements Pillon c/ Peck et Kelly c/ Gould, cités *supra*, pp. 116-117, et la note sous l'arrêt d'Alger (*Revue Dr. Int. Privé* 1913, pp. 118 et 119), affaire Zermati.

(4) Rappelons que la loi du domicile *nouveau* ne pourrait être invoquée en vertu de la loi anglaise qu'en matière de régime légal. Le changement de domicile est sans effet s'il y a contrat (cf. *supra*, p. 122, notes).

(5) Cf. *supra*, p. 117. Il est curieux de constater que c'est parfois

Seulement l'immutabilité n'est pas seule en cause : si en fait la règle de conflit ainsi appliquée aboutit à deux régimes différents, — par exemple la séparation de biens pour les immeubles situés en Angleterre, et pour les meubles la communauté de la loi française du domicile — pareille situation sera-t-elle admise en France ?

On peut en douter. En effet, alors que la règle d'immutabilité a sa source en Droit interne (1) et reste d'ordre public interne, il en est tout différemment du principe français d'indivisibilité du régime qui n'existe qu'en Droit international (2) où il donne un effet universel au régime quelconque désigné par une loi d'autonomie quelle qu'elle soit. Dire que le régime matrimonial doit être un et universel, quelle que soit l'hypothèse d'extranéité, c'est poser non un règle de conflit de lois, mais un principe général, autonome et impératif, de droit international, qui domine la loi du régime et le cas échéant en limite les effets.

On en a vu une application courante aux immeubles, qui suivent la loi commune du régime quelle que soit la loi de leur situation, cette dernière n'étant compétente

pour assurer l'*indivisibilité* du régime que la jurisprudence a considéré l'*immutabilité* comme d'ordre public international (affaire Pillon c/ Peck précitée), malgré la tendance générale. Les deux notions sont d'ailleurs souvent confondues.

(1) C. civ., art. 1394 et 1395.

(2) Le contrat peut, en Droit interne comme d'ailleurs en Droit international, combiner différents régimes. Mais la question d'indivisibilité est tout autre chose : elle concerne les effets du régime, ou de cette combinaison de régimes, qui, une fois déterminés, ne peuvent dépendre de la situation physique ou fictive des biens.

que pour les règles de droit public d'organisation de la propriété (1).

Mais plus généralement il faut appliquer le principe d'indivisibilité du régime pour combattre les effets normaux et logiques de la loi d'autonomie, lorsque, comme c'est le cas ici, elle aboutirait à un dédoublement du régime, les immeubles étant dans un pays et le domicile dans l'autre.

La solution, en ce cas, nous paraît être de s'en tenir à la loi anglaise, loi d'autonomie, dans ses dispositions de droit interne, c'est-à-dire au régime de séparation de biens, non que le double renvoi (si c'en est un) (2) à la *lex loci* et à la *lex domicilii* soit en lui-même injustifié, mais parce que cette dualité heurte le principe d'indivisibilité du régime.

8) *Libre circulation des biens*. — En droit français, la libre circulation des biens est la règle, leur inaliénabilité l'exception.

1) *Nature de la règle de libre circulation*. — En conséquence on ne peut renoncer valablement au droit de disposer de son bien, c'est-à-dire que l'on ne peut ni s'engager à ne pas l'aliéner (3) ni se soumettre en le recevant à l'obligation de le rendre (substitution fidéicommissaire) (4).

Cette règle souffre des exceptions admises en vue de protéger la famille. D'abord, il y a des substitutions permises (5). Ensuite et surtout il est permis, par contrat de

(1) Sur le domaine propre de la *Lex loci*, voir notamment l'affaire Pillon c/ Peck, précitée.

(2) Cf. *supra*, pp. 103 et suiv.

(3) Cf. Aubry et Rau, V^e éd., tome II, § 191, p. 272.

(4) C. civ., art. 896, al. 1.

(5) C. civ., art. 1048 et 1049.

mariage, de frapper d'inaliénabilité certains biens de la femme en adoptant le régime dotal ou des clauses particulières de dotalité (1).

Le principe n'en est pas moins absolu parce qu'il est basé sur le droit public et la conception française de la propriété et de la liberté, ce que démontrent les exceptions elles-mêmes par leur caractère strictement limitatif. On sait notamment que, dans le régime dotal, la dotalité reste l'exception, la paraphernalité étant la règle (2), et que l'on ne peut par convention aggraver l'inaliénabilité dotale telle que les textes du Code civil l'ont organisée.

Avec ces atténuations, le principe de la libre circulation des biens est en France d'ordre public.

Mais interviendra-t-il également, et à quel titre, pour limiter les effets d'une convention, soumise en principe à une loi étrangère, qui y porterait atteinte, et notamment d'un contrat de mariage, gouverné par la loi anglaise, qui réaliserait une immobilisation des biens plus grave que celle du régime dotal ?

La solution générale ne fait pas de doute : le principe s'impose en France quelle que soit la législation qui gouverne le rapport de droit. Il y a seulement désaccord sur sa justification juridique : la jurisprudence fait le plus souvent intervenir l'ordre public international (3). La doctrine, au contraire, toujours peu favorable à cette

(1) C. civ., art. 1542, Aubry et Rau, *loc. cit.*

(2) Il s'agit des rapports entre époux.

(3) Voir notamment Trib. Seine, 5^e ch., 23.2.1927, *Revue Dr. Int. Privé* 1927, p. 263. Nous ne citerons que les plus récentes décisions, la question ne s'étant présentée au sujet d'époux Anglais qu'en matière de Trusts et ceux-ci ayant été souvent étudiés en doctrine : l'étude de la jurisprudence a été faite dans ces ouvrages que nous citerons.

notion, fait prévaloir pour d'autres raisons la loi française :

Tantôt elle fait appel à une règle de conflit particulière en disant que la loi qui régit la circulation des biens est celle de leur situation (immeubles ou meubles pris *ut singuli* » (1).

Tantôt elle invoque la généralité et le caractère d'« ordre public territorial » de l'article 3, § 2 du Code civil pour appliquer à tous les immeubles sis en France le principe français de libre circulation des biens (2).

Tantôt, s'il s'agit d'une universalité de meubles (successions) elle emprunte le principe à la loi Française en tant que loi du domicile (3).

Ces solutions variées suffisent dans la plupart des cas où se pose en France la question. Mais il se peut très bien que la validité d'une clause d'inaliénabilité d'un contrat de mariage étranger soit contestée en France sans que la loi française puisse intervenir à aucun de ces titres (situation des biens ou domicile) (4).

C'est alors que la nécessité de faire intervenir la conception française au nom de l'ordre public international apparaît comme irréductible, parce que les règles de statut réel s'avèrent insuffisantes quand il s'agit d'une

(1) Lepaulle, *Traité théorique et pratique des Trusts en Droit interne, en Droit fiscal, et en Droit international*, Paris 1932, p. 428.

(2) Aubry, thèse citée, p. 222 ; c'est ainsi que l'auteur interprète la notion d'ordre public invoquée au jugement du Trib. Seine, 5^e ch., précité.

(3) Lepaulle, *op. cit.*, p. 432, note.

(4) Exemple : contestation sur l'aliénation d'un bien quelconque, destinée à fournir des aliments aux époux, ou à l'un d'eux, simplement résidant en France.

question distincte et plus générale telle que le régime matrimonial.

Si en effet toute stipulation d'inaliénabilité heurtant la conception française n'était pas nulle en France même lorsqu'elle concerne des biens étrangers, il y aurait, pour le même contrat de mariage, deux catégories d'effets possibles selon la situation des biens, et ceci en violation du principe éminent d'indivisibilité du régime matrimonial (1).

Aussi le principe français de libre circulation des biens s'imposera en France d'ordre public international à tout contrat de mariage quelque élément d'extranéité qu'il contienne. Tel il s'appliquera notamment au contrat gouverné par la loi anglaise.

Or c'est précisément au sujet de ce dernier que les applications du principe sont le plus fréquentes parce que le contrat de mariage anglais emprunte très généralement le procédé juridique spécifiquement Anglo-Saxon du Trust (2) qui entrave de plusieurs façons la circulation des biens.

2) *La Constitution de Trusts en vue du mariage.* — Le Trust anglais, notion générale aux multiples applications (3), est aujourd'hui bien connu en France où il a été étudié tant dans sa réglementation interne qu'en matière de conflits de lois (4).

(1) Cf. *supra*, p. 124.

(2) Pour cette question, nous avons surtout consulté l'ouvrage tout récent de M. Lepaulle, précité.

(3) Cf. Lepaulle, *Revue Dr. Int. Privé* 1927, p. 309, et *Traité*, pp. 53 et suiv.

(4) Voir notamment : *Revue Dr. Int. Privé* 1909, pp. 521 et suiv. ; M. Travers, *De la Validité des Trusts au point de vue du Droit*

Nous ne ferons donc que résumer les questions et solutions auxquelles il a donné lieu en France afin d'en tirer les conclusions nécessaires dans le cas particulier où le Trust sert de support au contrat de mariage.

Constituer un Trust, quel que soit le mode de constitution (1), c'est créer sur certains biens un droit réel de nature particulière : ces biens seront en la propriété et possession d'un *Trustee* qui doit les administrer au profit exclusif d'un ou de plusieurs *bénéficiaires*.

L'acte de constitution du Trust contient en outre fréquemment des clauses d'inaliénabilité des biens ou d'aliénation à charge de remploi par le *Trustee*, sans que l'inaliénabilité puisse être perpétuelle (2).

D'autre part le constituant y désigne le plus souvent plusieurs *bénéficiaires* successifs, fixant ainsi par avance la dévolution des biens entre eux (3).

3) *Le Trust et les autres clauses d'indisponibilité des biens des époux soulèvent en France trois difficultés.* — Nécessaires ou contingents, trois effets essentiels s'attachent donc au Trust : Un démembrement de la propriété faisant apparaître un droit réel inconnu en France. La création d'une inaliénabilité relative. L'établissement d'une substitution fidéicommissaire.

Français ; Clunet 1923, pp. 677 et suiv. : Mlle Th. Lion, Un Anglais constitue un trust... en France ; Revue 1927, p. 313 : P. Lepaulle, De la validité des Trusts en France ; Lepaulle, Traité, cité supra ; Aubry, thèse citée, pp. 213 à 228, Le Régime du Trust.

(1) Cf. Lepaulle, p. 213. Nous ne parlons que du démembrement de propriété résultant du Trust. Quant au but essentiel de tout Trust, c'est la création d'un patrimoine d'affectation (Lepaulle, p. 27).

(2) Cf. *Revue Dr. Int. Privé* 1927, p. 313 : article de Lepaulle, précité, et Lepaulle, *Traité*, p. 262.

(3) Lepaulle, *Traité*, p. 100 et pp. 381 et suiv.

Toutes les controverses auxquelles le Trust a donné lieu en France se groupent autour de ces trois effets (1), quand il s'agit du contrat de mariage.

1° *Le droit réel particulier que fait naître le Trust* sera reconnu en France si l'on n'attribue pas un caractère limitatif aux articles 543 et 544 du Code civil qui énumèrent les différents droits que l'on peut avoir sur les biens.

D'abord écarté pour cette raison comme inconciliable avec le Droit français (2), le Trust, dans l'opinion qui aujourd'hui domine, est reconnu valable en principe (3); et sauf le cas où certaines de ses clauses heurteraient le principe français de libre circulation des biens, le Trust étranger aura plein effet en France. On a même soutenu qu'un Français pourrait valablement créer un pareil Trust en France (4).

2° *Degré d'inaliénabilité stipulable.* — Les clauses d'inaliénabilité seront donc, pour le Trust comme pour toute convention, examinées individuellement (5); et

(1) La question de publicité, qui se pose également, n'est pas particulière au Trust. Il en a été parlé ci-dessus, pp. 111 et suiv.

(2) Cf. M. Travers, *De la validité des Trusts au point de vue du Droit Français* (*Revue Dr. Int. Privé* 1909, p. 521).

(3) Cf. notamment Trib. Seine, 2^e ch., 22.12.1926, *Revue Dr. Int. Privé* 1927, p. 70, *Beer c/ Betts-Brown*, et les conclusions de M. le Substitut Parigot qui considère les articles 543 et 544 du C. civ. comme incomplets et non limitatifs (p. 80).

(4) Lepaulle, *Traité des Trusts*, p. 432. Les conclusions citées *supra* paraissent être en ce sens : voir à ce sujet les observations de M. Lepaulle à la *Revue Dr. Int. Privé* 1927, p. 311, note 2.

(5) « Chaque Trust doit être apprécié séparément. » (M. Parigot, conclusions précitées).

reconnues valables en France si l'atteinte qu'elles portent à la circulation des biens ne dépasse pas les limites admises par le Droit français.

Or, comme on l'a dit plus haut (1), cette limite est, pour une convention de mariage ordinaire, l'inaliénabilité admise sous le régime dotal. De même, quand il s'agit de biens de la femme constitués en Trust, la jurisprudence procède par comparaison avec le régime dotal.

C'est ainsi que le tribunal de la Seine (2) a récemment admis la validité d'un contrat de mariage par lequel la fortune de la femme était confiée à un Trustee qui devait la gérer, n'aliéner qu'à charge de emploi, et n'en verser à la femme que les revenus, et a sanctionné, à l'encontre des créanciers de la femme l'insaisissabilité résultant de ce contrat parce qu'elle est « souvent admise « même par la législation française, notamment en « matière de régime dotal » (3).

Cette comparaison semble satisfaire à l'ordre public international.

Toutefois si le raisonnement est exact d'une clause d'inaliénabilité quelconque frappant, dans un contrat de mariage, les biens de la femme, il est en réalité faux quand il s'agit de biens constitués en Trust, même par contrat de mariage (4).

(1) Cf. pp. 125 et suiv.

(2) Jugement de la 2^e Chambre, précité (Beer c/ Betts-Brown).

(3) Jugement cité, *Revue Dr. Int. Privé*, p. 72. En ce sens, Aubry, thèse citée, pp. 222 et suiv. L'auteur étudie la jurisprudence du point de vue des rapports de la loi française, *lex rei sitae*, avec la loi applicable au Trust (pp. 217 et suiv.).

(4) La distinction que nous proposons nous paraît dériver nécessairement de la nature même du Trust. Elle n'est pas faite d'ordinaire ni en jurisprudence (voir jugements Betts-Brown, 2^e ch., précité, et

En effet, l'inaliénabilité dotale du Droit français ne peut pas servir de mesure et de limite générale à la validité d'une clause frappant d'inaliénabilité un bien en Trust, puisque celui-ci n'est pas dans le patrimoine de la femme qui n'en a même pas la possession ; quant au *Trustee* qui est seul tenu de cette inaliénabilité relative, il ne peut bénéficier en France que des atténuations de Droit commun à la règle de libre circulation.

La validité des clauses d'inaliénabilité du contrat de mariage anglais dépendra donc d'un double critérium, selon que les biens seront ou non constitués en Trust.

Biens en Trust. — L'inaliénabilité perpétuelle n'est pas craindre car elle est prohibée par le Droit anglais comme par la jurisprudence française (1). En effet, en Droit anglais « pour être valable, tout droit doit être définitivement acquis moins de 21 ans après la mort d'une « personne vivante au moment de la création du « droit » (2).

Or l'inaliénabilité temporaire est admise en France à condition d'être de brève durée et justifiée par un intérêt sérieux (3).

L'intérêt sérieux n'est pas contestable dans le Trust constitué en vue du mariage.

Quant à la durée, sans admettre de règle uniforme, la jurisprudence française tend à assimiler à une inaliénabilité 5^e ch., 23.2.1927, *Revue Dr. Int. Privé* 1927, pp. 72 et 265 ; et arrêt de Paris, 18.4.1929, dans la même affaire, non publié, cité par Lepaulle, traité, p. 372, n. 1), ni en doctrine, voir notamment Aubry, tⁿse citée, pp. 222 et suiv.

(1) Cf. Planiol et Ripert, *Manuel*, I, n^{os} 2340 et suiv., pp. 778 et s.

(2) Gray, *Rules against perpetuities*, 3^e éd., p. 175, cité par Lepaulle, *Traité*, p. 228.

(3) Cf. Planiol, *ibid.*, p. 781, n^o 2345.

bilité perpétuelle l'inaliénabilité à vie (1). Si cette tendance devait prévaloir en Droit international, l'effet normal de l'inaliénabilité s'en trouverait limité. Mais il semble que l'intérêt supérieur du mariage veut que la protection visée par la clause d'inaliénabilité dure autant que lui (2). Au delà, l'ordre public pourrait intervenir.

Biens appartenant aux époux. — C'est seulement dans ce cas, en l'absence de Trust, qu'il peut être question, à proprement parler, du régime des biens entre époux (3); et c'est alors que les clauses du contrat doivent être jugées par comparaison avec l'inaliénabilité admise en France pour le contrat de mariage, sous le régime dotal qui est plus libéral que les principes du droit commun sur la circulation des biens.

Or on sait que malgré l'inaliénabilité de ses immeubles, la femme dotale peut procéder à partage, tester, et même aliéner dans certains cas exceptionnels (dont certains, tel le besoin d'aliments, s'imposeraient par eux-même d'ordre public international) (4). Ainsi sera limitée l'inaliénabilité stipulée au contrat; et le critérium du régime dotal français s'appliquera également à la question d'insaisissabilité des biens sur laquelle naissent le plus souvent les contestations (5).

(1) *Id.*, p. 781, n° 2344 *in fine*.

(2) Tout concourt à cette solution : la notion française d'immutabilité du régime comme la notion anglaise de patrimoine d'affectation (cf. Lepaulle, *Traité*, pp. 30 et suiv.).

(3) Il ne s'agit jusqu'ici que de l'inaliénabilité du capital. La créance de revenus est évidemment dans le patrimoine de l'époux bénéficiaire d'un trust (Lepaulle, *Traité*, pp. 44 et suiv.).

(4) Sur le caractère du droit aux aliments, cf. *supra*, pp. 18 et suiv.

(5) C'est à l'occasion de saisies-arrêts sur les biens constitués en

Tout ce qui précède concerne le droit de disposer des biens eux-mêmes, du capital. Mais le contrat de mariage peut également restreindre le droit de disposer des revenus des biens. La pratique anglaise est précisément en ce sens : sous le nom d'« interdiction d'anticiper » (*restraint on anticipation*) (1) on rencontre toujours dans les conventions ou « Etablissements » (*settlements*) en vue du mariage, au moins quand il s'agit de la femme, une clause limitant ou supprimant son droit de disposer de certains biens ou des revenus de ces biens, ou du capital et du revenu ; clause protectrice plus ou moins sévère dont on ne peut donc dire en principe si elle serait ou non valable en France.

S'agissant des revenus, il semble qu'elle s'y appliquera le plus souvent sans difficulté : en France, en effet, pour le même motif de protection du ménage, la jurisprudence admet que les revenus des biens dotaux ne peuvent être aliénés dans la mesure où ils sont nécessaires à son entretien (2).

Cependant selon le jugement de la 5^e chambre du tribunal de la Seine (3), déjà cité, cette clause est nulle et réputée non écrite. Mais la décision n'a, semble-t-il qu'une valeur d'espèce : il s'agissait de biens en trust et l'inaliénabilité du capital combinée à celle des revenus aboutissait, selon l'interprétation des *trustees* eux-mêmes,

Trust que sont intervenus les deux jugements *Betts-Brown* cités plus haut.

(1) Sur cette clause, cf. André Chéron thèse citée, pp. 188 et suiv.

(2) Cf. C. Aix, 6.1.1890, Dalloz 1891.1.486.

(3) 23.2.1927, Dœillet c/ *Betts-Brown* ; voir le commentaire de M. Lepaulle, *Revue de Dr. Int. Privé* 1927, pp. 312 et 313.

à une indisponibilité totale que le tribunal jugea en opposition avec le principe de libre circulation.

Mais la défense d'anticiper sur les revenus, considérée isolément, serait, semble-t-il, valable en France⁽¹⁾.

3° *Le trust peut constituer une substitution prohibée.*

— La question de validité du contrat de mariage anglais s'est encore posée à propos du trust lorsqu'on y rencontre des dispositions analogues à nos substitutions fidéicommissaires, ce qui est fréquent : le constituant du trust y désigne lui-même la personne à qui devront être servis les revenus des biens ou à qui les biens eux-mêmes devront être remis à la mort du premier bénéficiaire (2).

La jurisprudence française, tout en reconnaissant la validité du trust lui-même refuserait alors de donner effet aux substitutions qui lui sont adjoindues (3).

Il est d'ailleurs douteux qu'il y ait jamais dans le trust une véritable substitution (4), mais cette question n'est pas spéciale au contrat de mariage et ne peut donc être ici que posée. Pour la même raison, il n'y a pas lieu de réfuter ici les objections tirées du caractère occulte du trust : à ce qui a été dit plus haut de la publicité du contrat de mariage (5) il suffit d'ajouter que les tiers, acquéreurs de biens en trust aliénables à charge de remploi,

(1) La clause, si elle ne s'appliquait le plus souvent à des biens en Trust, donc hors du patrimoine de l'époux, ferait de tout régime conventionnel anglais un véritable régime dotal.

(2) Cf. Lepaulle, *Traité*, p. 383.

(3) Cf. notamment affaire Betts-Brown, 2° ch., précitée, *loc. cit.*, p. 72.

(4) Cf. Lepaulle, *Traité*, p. 381 : seuls d'ailleurs les rapports entre bénéficiaires présentent une analogie avec les substitutions fidéicommissaires.

(5) Cf. *supra*, pp. 111 et suiv.

sont traités plus favorablement qu'en droit français sous le régime dotal, n'étant pas, s'ils sont de bonne foi, responsables du remploi vis-à-vis de la femme bénéficiaire du trust (1).

Dans l'exposé, maintenant achevé, des effets du mariage, nous n'avons parlé ni des donations entre époux, ni des droits de chacun d'eux dans la succession de son conjoint, ni de la quotité disponible entre époux.

Ces différentes questions ont dû être exclues de notre travail parce qu'elles ne sont que des applications particulières au cas du mariage de règles générales absolument indépendantes et distinctes du droit matrimonial : libéralités entre vifs et testamentaires, successions *ab intestat*.

En exposant les applications abstraction faite des principes nous risquions d'être superficiel. D'autre part en introduisant dans ce travail l'ensemble de la question nous aurions contredit le choix de l'hypothèse centrale qui est le fait du mariage, en enlevant à l'étude de ses conséquences son unité et son équilibre.

(1) Lepaulle, *Revue Dr. Int. Privé* 1927, p. 313.

TITRE II

Divorce et Séparation de corps

Un sujet anglais résidant en France peut-il obtenir d'une juridiction française un jugement de divorce ou de séparation de corps, et, s'il le peut, à quelles conditions ?

La question se divise en trois problèmes successifs. Le droit d'obtenir le divorce ou la séparation de corps en France est-il réservé aux seuls Français ou est-il au contraire donné aux étrangers et notamment aux sujets anglais ?

Le juge français est-il compétent, et, dans l'affirmative, à quelles conditions est-il compétent, pour prononcer le divorce ou la séparation de corps entre des époux anglais ?

Quelle loi le juge français, supposé compétent, appliquera-t-il, pour décider s'il y a lieu ou non de prononcer le divorce ou la séparation de corps en présence des griefs invoqués de part et d'autre ?

— Le premier problème, qui concerne la condition des Anglais en France, se résoud sans difficultés : bien qu'il n'y ait pas de convention franco-anglaise de réciprocité accordant dans chaque Etat aux ressortissants de l'autre Etat tous les droits civils des nationaux, bien que

l'admission à domicile qui jouait un rôle analogue ait été supprimée (1), le droit au divorce ou à la séparation de corps existe en France pour un Anglais parce que ce droit est au premier chef une « faculté de droit des gens » (2).

— Le second problème est un aspect particulier de la question de compétence du juge français dans les litiges entre étrangers, que nous avons écartée en principe de notre étude (3). Cependant, en matière de divorce et de séparation de corps, l'application aux plaideurs anglais des règles générales de compétence juridictionnelle soulève des questions et donne lieu à des solutions particulières auxquelles nous consacrerons un *chapitre préliminaire*.

— Le troisième problème, enfin, est celui du conflit de lois. Notre système français de conflit désigne la loi anglaise comme normalement compétente pour déterminer les causes, les effets, les fins de non-recevoir du divorce ou de la séparation de corps demandés ou obtenus devant les juridictions françaises. Mais la loi française ou une autre loi peut être exceptionnellement applicable en vertu du renvoi ou de la notion d'ordre public. Nous comparerons donc les législations française et anglaise quant aux *causes*, aux *effets* et aux *fins de non recevoir* avant d'exposer la solution de conflit donnée à chaque hypothèse. Bien que, dans nombre de cas, le juge français finisse par appliquer la loi française, à laquelle renvoie la loi anglaise, il est nécessaire

(1) Loi du 10 août 1927 sur la Nationalité, abrogeant l'art. 13 du C. civ.

(2) Cf. Niboyet, *Manuel*, n° 265-III, pp. 301 et 302.

(3) Cf. Introduction, p. 5.

d'exposer en détail les solutions anglaises ; car, malgré le rôle important qu'il joue en pratique, le renvoi n'est qu'un incident d'application de la loi étrangère, son admission par la jurisprudence n'est pas absolument générale et n'est peut-être pas définitive : la doctrine d'autre part est très divisée ; enfin son application, là où il est admis en théorie, est soumise à l'existence d'un domicile en France, condition rendue plus sévère par la tendance qu'ont les juges français d'apprécier selon la loi anglaise si le domicile est en France ou en Angleterre (1).

(1) Cf. M. Lévy-Ullmann, *Cours de Doctorat*, Paris 1933-1934 ; Thèse Levasseur, *La Détermination du Domicile en Droit International Privé Français*, Paris 1931, pp. 36 et 37 ; *supra*, pp. 34 et suiv.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

Compétence judiciaire

Le système général de compétence judiciaire adopté par la jurisprudence française s'applique de la façon suivante au cas particulier d'un citoyen anglais demandant en France le divorce ou la séparation de corps contre un conjoint également Anglais :

1) La qualité d'étranger chez les deux parties a pour effet d'entraîner l'incompétence des tribunaux français.

Si de nombreuses exceptions *particulières* ont été apportées, par la jurisprudence, à ce principe, aucune ne concerne l'état de personnes (mariage, divorce, filiation, etc...) dont nos tribunaux continuent à refuser de connaître.

Mais cette incompétence de principe disparaît en vertu d'une exception, *générale* celle-là, qui joue « lorsque
« l'étranger, ayant un domicile, de fait en France, a
« perdu tout domicile à l'étranger, et qu'il *n'est pas*
« *établi* qu'un autre tribunal que le tribunal français
« pouvait connaître du litige » (1).

(1) Ce sont les termes de l'arrêt de Cassation (Ch. civ), rendu en 1920 dans l'affaire Slater (10.11.1920, Sirey 1923.1.129, avec note de M. Niboyet, et Clunet 1923, p. 171) ; cet arrêt concerne précé-

Ainsi, même en matière de statut personnel, les tribunaux français seront dans ce cas compétents, et l'exception revêt une importance pratique d'autant plus grande que, selon les termes cités du jugement, c'est la preuve, par le défendeur, qu'un tribunal étranger *est compétent* qui oblige les tribunaux français à se déclarer incompétents. Il y a là plus, semble-t-il, qu'une exception au principe d'incompétence, et bien un renversement du principe même.

Cependant un arrêt ultérieur de la Cour suprême (1), rendu sur la même question, décide que les tribunaux français sont exceptionnellement compétents « lorsqu'il est établi qu'aucun autre tribunal que le tribunal français ne pouvait connaître du litige ». Ce second arrêt qui semble exiger du demandeur une preuve de l'incompétence de toute autre juridiction (preuve négative indéfinie) est mieux en accord avec le principe général d'incompétence de nos tribunaux en matière d'Etat.

Quoiqu'il en soit, les juridictions inférieures suivent le premier arrêt de cassation (2) et, reprenant souvent ses sément une action en divorce. Cf. *Revue Dr. Int. Privé* 1921, p. 213, même affaire et quatre autres arrêts groupés.

(1) Cass. civ., 30.4.1927 (Coff c/ Coff), Sirey 1927.1.208.

(2) Parmi les décisions récentes en ce sens : C. Paris, 15.5.1931 (affaire Aguirre, *Gaz. Pal.* 1931.2.262) ; C. Paris, 22.10.1931 (affaire Paulding, *Gaz. Pal.* 1931.2.918) ; C. Paris, 23.7.1931 (*Gaz. Pal.* 1931.2.917), et Trib. Fontainebleau, 24.6.1932 (*Revue Dr. Int. Privé* 1933, p. 631 et Clunet 1933, p. 666), dans la même affaire Dyer ; ces quatre décisions portèrent sur la nullité de mariage ou le divorce de conjoints étrangers. Enfin, entre époux Anglais, le Trib. de Marseille (21.10.31, *Revue Dr. Int. Privé* 1933, p. 630, et *Gaz. Pal.* 1931.2.918, affaire Sedgwick), affirme sa compétence sur la simple constatation d'un domicile en France.

termes mêmes, se déclarent compétentes lorsqu'il n'est pas établi qu'un autre tribunal eût été compétent. Leur doctrine sur ce point est inspirée et par la préoccupation d'éviter un déni de justice et par la difficulté qu'il y aurait pour le demandeur à faire une preuve négative aussi vaste que celle de l'incompétence de tout tribunal étranger.

En résumé la jurisprudence admet aujourd'hui qu'un tribunal français est compétent pour statuer sur le divorce d'étrangers simplement domiciliés de fait en France à moins qu'il ait la preuve qu'un domicile a été conservé à l'étranger et qu'un tribunal étranger se reconnaîtra compétent. Il reste à rechercher de quelle manière le principe s'applique vis-à-vis d'époux anglais plaçant en divorce ou en séparation de corps.

2) *Divorce*. — Le problème est en principe facile car il ne se mêle pas de conflit de lois au conflit de juridiction : Le juge français décide selon sa propre loi s'il y a domicile de fait en France ; et pour savoir si la Cour anglaise serait compétente il s'inspire uniquement des règles anglaises de compétence ou de tout jugement anglais qui aurait déjà statué sur sa compétence entre les mêmes parties.

En fait également le problème est facile, tout au moins quant au premier point : le demandeur anglais prouve le fait du domicile, notion purement française de principal établissement, par tous moyens puisque c'est une question de fait. On ne pourra lui opposer l'existence d'un domicile matrimonial différent du domicile de fait puisque les deux législations, française et anglaise, admettent que ce dernier s'identifie avec le domicile de droit

du mari (1), dont il reste à parler : le doute n'existe que sur l'identité entre le domicile de droit et le domicile de fait du mari.

Le juge recherche donc en second lieu s'il ne subsiste pas un domicile de droit en Angleterre, qui l'obligerait à se déclarer incompétent.

La compétence judiciaire est toujours, en droit anglais, déterminée par le domicile du mari (domicile matrimonial) qu'il s'agisse d'un conflit interne ou international (2). Différents cas peuvent alors se présenter en pratique :

Le défendeur prouve que le mari a conservé en Angleterre un domicile incontestable et prouve en conséquence que la Division anglaise des divorces se déclarerait compétente. Pour cela il doit démontrer que ce domicile existe suivant la conception anglaise : (le domicile d'origine y subsiste à moins d'une intention indiscutable et non mitigée de nécessité, de l'abandonner définitivement pour se soumettre à un nouveau statut).

Le plus souvent, le défendeur porte à la connaissance du tribunal soit l'existence d'une action matrimoniale antérieure devant la cour de Divorces, qui préjuge évidemment de sa compétence pour le divorce, soit d'une

(1) Cf. *supra*, p. 28.

(2) Cf. Burgin & Fletcher, *op. cit.*, ch. V, article 32, pp. 91-92. La question ne fait aucun doute en matière de Divorce, aussi nous contenterons-nous de citer les cas directeurs (Leading cases) : Wilson c/ Wilson, 1872, L. R. 2 P. & M. 435 ; même au cas de résidence à l'Etranger : Manning c/ Manning, 1871, L. R. 2 P. & M. 223 ; plus récemment, Bater c/ Bater, L. T. 18.8.1906, *Revue Dr. Int. Privé* 1908, p. 966, Clunet 1907, p. 173. Ce dernier arrêt érige la règle du domicile en principe général fondant la compétence du Tribunal Anglais ou étranger et de la loi Anglaise ou Etrangère.

demande déjà formée devant cette même cour, en vue du divorce comme l'est la demande française. Le tribunal français, dans ce cas, surseoit à statuer jusqu'à ce que le juge anglais se soit prononcé sur sa compétence.

Enfin, si l'instance en divorce est déjà liée en Angleterre, et que la compétence du juge anglais n'y a pas été discutée, le juge français, quelle que soit, au fond, la solution donnée au procès par la Division des Divorces, se déclare incompétent.

Ainsi, la détermination, par le tribunal français, de sa propre compétence en matière de divorce se fait par deux phases : adhésion à un principe général (jurisprudence dite du déni de justice), puis recherche de son application au cas des époux anglais (étude des règles anglaises de compétence judiciaire *abstraction faite du Droit international privé français*).

3. *Séparation de corps* : — En matière de séparation de corps, le raisonnement général est le même mais le tribunal français rencontrera dans les règles anglaises de compétence un critérium moins précis qu'en matière de divorce : c'est en principe la *résidence* et non le domicile qui détermine le juge compétent. La distinction dérive logiquement du caractère reconnu en droit anglais à la séparation de corps.

Elle est en effet un remède bien différent du divorce puisqu'elle ne modifie pas l'état (status) des personnes (1), et qu'elle laisse subsister l'unité de domicile entre époux (2). Considérée comme un remède parfois urgent, et aisément révocable, au désaccord des époux, elle est

(1) Cf. aff. Armytage, Angihelli et Alberta, citées plus loin, et p. 148, note.

(2) Cf. *supra*, p. 28.

accordée plus facilement que le divorce. Le juge anglais, comme pour une demande de secours ou pour toute autre mesure d'urgence à prendre dans l'intérêt de la famille, est l'héritier du rôle des cours ecclésiastiques ; à leur suite il se considère comme compétent, « pro salute animae », pour prononcer la séparation des simples résidents même domiciliés à l'étranger.

Il faut insister ici sur les règles anglaises de compétence en matière de séparation de corps parce que, comme en matière de divorce, la solution du conflit de juridiction commande, dans l'esprit du droit anglais, la solution du conflit de lois à laquelle nous aurons dans la suite besoin de nous référer pour l'application du renvoi en matière de séparation de corps.

Quand la question de compétence s'est posée pour la première fois devant la « Divorce Division » nouvellement créée (1), le juge, faute de réglementation dans l'Act de 1857, se référa, comme l'Act lui-même (art. 22) le prescrivait, à la jurisprudence antérieure des cours ecclésiastiques. C'est ce que fit dans le jugement *Armytage* (2), en 1898, M. Justice Barnes qui, trouvant, dans cette ancienne jurisprudence, la compétence fondée sur la résidence, reprit cette solution et se déclara compétent pour prononcer la séparation entre Anglais domiciliés en Australie (Victoria). De même la Cour d'appel, en 1920 (3) reconnut la compétence du juge anglais pour

(1) Cf. *infra*, pp. 153 et suiv.

(2) Cf. H. C^t of Justice, Divorce Division, 21.6.1898 : *Armytage* c/ *Armytage*, *Law Times*, 23.7.1898, & *Clunet* 1900, p. 646.

(3) Cf. C^t of appeal, 13.5.1918 (*Angihnnelli* c/ *Angihnnelli*), *Law Times Report*, vol. 119, p. 227, et *Clunet* 1920, p. 254. Avant même d'avoir ainsi repris pour la séparation de corps, la doctrine de la résidence, suivie par les cours ecclésiastiques, la Cour de Justice

séparer des époux résidant en Angleterre quoique domiciliés à l'étranger et de plus de Nationalité étrangère, ce qui se rapproche de notre hypothèse.

Il faut se contenter de ces solutions : la jurisprudence n'a pas affirmé la compétence du tribunal étranger ou de la loi étrangère de la simple résidence, même entre plaideurs anglais. Mais la doctrine est en ce sens :

« Faute de précédents, il est raisonnable de présumer
« que la Cour reconnaîtrait comme valable la décision
« d'une Cour étrangère prononçant la séparation judi-
« ciaire basée sur le domicile ou sur la résidence du
« défendeur dans son ressort » (1).

Tendre à une solution unique de conflit, à un même critérium qu'il s'agisse pour le juge anglais de sa propre compétence ou de celle d'un tribunal étranger, cela est d'ailleurs tout à fait dans l'esprit du Droit anglais. Et les raisons d'une solution unique ont d'ailleurs la même valeur qu'il s'agisse de la compétence du juge anglais (solution acquise) ou du juge étranger (solution proposée) : tant que le Droit anglais n'a connu que le divorce *a mensa et thoro*, la résidence fut le principe de compétence ; le divorce *a vinculo* introduit, le même critérium fut d'abord adopté, puis la jurisprudence crut nécessaire de lui appliquer un principe plus stable de compétence car il s'agissait d'un changement complet d'état qui ne pouvait être à la merci d'un transport de résidence. Ce

l'avait formellement écartée pour le divorce nouvellement introduit : en 1895, la Cour (A. C. 1895, 517, Le Mesurier) adoptait pour le divorce la loi du domicile, rompant ainsi avec la doctrine de l'arrêt Niboyet (1878, Clunet 1879, p. 195).

(1) Burgin & Fletcher, *op. cit.*, p. 97.

fut le revirement de l'arrêt Niboyet à l'arrêt le Mesurier (1).

Le principe est, on le voit, bien établi. Mais sa portée n'est pas absolue : D'une part, c'est le défendeur qui doit être résident dans le pays du for. La résidence du demandeur ne suffirait pas (2).

D'autre part, il a été jugé que la Cour anglaise serait également compétente si le mari, même résidant ailleurs, était domicilié en Angleterre (3).

En cas d'opposition totale entre domicile et résidence, on ne peut donc pas dire que la résidence l'emporterait de façon absolue. Il reste que le juge anglais, prenant avant tout la résidence en considération, n'hésiterait pas à dire que, le tribunal français du lieu de résidence étant saisi, lui-même est absolument incompétent. L'idée que le juge anglais paraît se faire de sa compétence en tant que juge du lieu de domicile, malgré la résidence à l'étranger, paraît être en matière de séparation de corps celle d'une compétence subsidiaire, d'une compétence de secours.

Rien ne s'oppose donc à ce que le tribunal français se déclare compétent, aucun autre tribunal ne l'étant en principe, pour statuer sur une demande de séparation entre Anglais simplement résidant en France. C'est la saine application de la loi anglaise de compétence qui, comme nous l'avons dit, doit seule être consultée. Une

(1) Cité p. 146. Toutes ces raisons se dégagent des termes des arrêts ultérieurs, *Armytage* et *Angihneli* précités, ainsi que de l'arrêt de la « Commission judiciaire du Conseil Privé » du 18.2.1926, rendu par Lord Merrivale (*Law Times Report*, vol. 134, p. 717; *Clunet* 1927. p. 173, *Affaire Attorney General de l'Etat d'Alberta c/ Cook*).

(2) Cf. *Graham c/ Graham*, 1923, *Prob.*, p. 31.

(3) Cf. *Eustace c/ Eustace*, 1924, *Prob.*, p. 45 (C. A.).

objection se présente à l'esprit ; on dira : c'est parce qu'il qualifie la séparation de question d'état que le juge français n'admet qu'une seule exception à son incompétence de principe : le cas d'incompétence du juge anglais. Or, peut-on penser, ce dernier fait jouer une règle de compétence basée précisément sur l'idée contraire que la séparation judiciaire est une mesure de sûreté et d'urgence *qui n'altère pas l'état des personnes* (1), il y aurait dans ce raisonnement un vice puisque le mot de séparation y est pris au début et à la fin dans deux sens différents.

En réalité, la contradiction, concevable en théorie, n'existera pas en pratique.

D'abord, dans le cas normal d'application de la loi nationale, le juge français prononcera une séparation judiciaire du Droit anglais, après s'être reconnu compétent en raison de l'incompétence du juge anglais, elle-même basée sur un principe anglais de résidence s'appliquant à la notion anglaise, elle aussi, de séparation. Il n'y a pas de contradiction dans ce cas, car le Droit anglais gouverne ici la séparation à tous les points de vue.

Ensuite, même si la loi française était reconnue applicable, par renvoi, à la séparation demandée, cette solution de conflit de lois n'aurait rien de contradictoire avec la détermination de la compétence judiciaire tirée indirectement de la notion anglaise de séparation. En effet, le tribunal français ne demande qu'une certitude sur l'incompétence du juge anglais, et, ne pouvant les discuter, n'a pas à rechercher les raisons de cette incompé-

(1) Cf. arrêt *Alberta c/ Cook*, précité : Lord Merrivale « il est remarquable que les séparations de corps ecclésiastiques maintiennent le statut de mariage »...

tence. Et si même il jugeait nécessaire de soulever cette difficulté de qualification de la séparation de corps, la solution en serait à notre avis la suivante : s'il est choquant de soumettre la compétence judiciaire en matière de séparation à des règles différentes de celles du divorce étant donné le *rapport étroit* qu'établit entre eux le Droit français, qu'à cela ne tienne : le juge français, maître de sa qualification, peut s'attacher pour cette séparation de corps française au principe anglais de compétence judiciaire en matière de *divorce* ; le résultat est qu'il se déclarera compétent : en effet, puisque le domicile est, par hypothèse, en France, la loi anglaise du domicile entraîne l'incompétence du juge anglais et par là même la compétence exceptionnelle du tribunal français.

CHAPITRE PREMIER

Les causes de divorce et de séparation de corps

Le divorce ou la séparation de corps ne peuvent être prononcés, en Droit français, que comme sanctions de certaines offenses déterminées qui sont l'adultère, les excès, sévices ou injures graves, la condamnation criminelle de l'époux défendeur (1).

L'époux offensé, mari ou femme, peut demander le divorce ou la séparation de corps pour adultère de son conjoint, quelles que soient les circonstances qui l'accompagnent : la sanction civile de la faute est la même pour le mari et pour la femme, il n'y a d'inégalité que dans la répression pénale.

Les excès ou sévices sont tous les mauvais traitements matériels. L'injure grave est l'offense verbale ou écrite ; les tribunaux apprécient librement si la gravité de l'injure en fait une cause valable de divorce ou de séparation de corps. La jurisprudence appelle aussi injures graves les faits injurieux, extension qui équivaut à la création d'une catégorie nouvelle et très imprécise de causes, grâce à laquelle le divorce ou la séparation est possible toutes les fois que l'un des époux manque gravement à ses devoirs envers l'autre.

(1) C. civ., art. 229 à 232.

Enfin, la condamnation à une peine afflictive et infamante est une cause péremptoire de divorce ou de séparation de corps, elle doit avoir été prononcée par un tribunal français.

Le trait commun à ces causes de divorce et de séparation de corps est la notion de faute : chacune est la sanction d'une obligation dérivant du mariage. En Droit français, le divorce ou la séparation de corps est une sanction et les deux institutions sont construites autour de cette idée. D'autres législations suivent au contraire un principe excluant l'idée de faute : les faits qu'elles admettent comme causes de divorce ou de séparation de corps sont tous ceux, fautifs ou non, qui rendent la vie commune insupportable ou dangereuse. Ainsi l'ordonnance souveraine de Monaco du 3 juillet 1907 est un exemple frappant de cette conception ; elle reproduit les causes du Droit français et y ajoute quatre cas de maladie que l'on peut invoquer comme causes de divorce, sans distinguer si l'époux défendeur en est atteint à la suite d'une faute ou non, ni s'il a, ou non, communiqué à sa famille le mal contracté (1). Quant au Droit anglais, nous verrons qu'il est malaisé de tirer des décisions rendues en la matière une adhésion de principe à l'un ou l'autre système, mais que, en définitive, il n'accorde pas le divorce ni la séparation sans qu'il y ait faute du défendeur.

Notre seconde remarque vise l'identité des causes de divorce et de séparation de corps en Droit français. L'époux demandeur a le choix entre les deux remèdes,

(1) Article 5 de l'Ordonnance du 3.7.1907 : Cf. Clunet 1908, p. 278, et le commentaire de l'Ordonnance, Cl. 1908, p. 437.

mais ce sont les mêmes causes qu'il doit invoquer et qu'il lui suffit d'invoquer pour obtenir l'un ou l'autre : Le Droit anglais présente sur ce point une différence capitale avec le nôtre. Et cependant, en Droit français, cette unité de principe ne sort pas toujours intacte des applications de jurisprudence (1) : celle-ci, tout au moins avant 1908, prononçait dans nombre de cas la séparation de corps plus facilement que le divorce, sauf lorsque la demande s'appuyait sur une cause excluant toute appréciation du juge. Depuis la loi de 1908 (2), qui rend obligatoire pour le juge la conversion en divorce demandée, la plupart des séparations de corps sont des divorces retardés, sans qu'un nouvel examen du fond intervienne au moment de la conversion : il était donc impossible que la jurisprudence persistât dans une différenciation qui devenait une occasion de fraude à la loi. L'identité des causes de divorce et de séparation de corps existe donc bien aujourd'hui et dans les textes et dans les applications jurisprudentielles.

Les deux principes généraux que nous venons de rappeler seront, dans l'exposé du Droit anglais sur les causes de divorce et de séparation de corps que nous abordons maintenant, confrontés avec les solutions anglaises correspondantes.

(1) Cf. Planiol et Ripert, *Manuel*, t. I, n° 1299, *Rép. Prat.* Dalloz : « Divorce », n° 215, et Clunet 1907, p. 373 (Me Bride c/ Me Bride), note.

(2) L. du 6 juin 1908 (art. 310 du C. civ.).

SECTION I. — CAUSES DE DIVORCE
ET DE SÉPARATION DE CORPS EN DROIT ANGLAIS

Le Droit anglais admet le divorce et la séparation de corps, mais seulement pour causes déterminées ; et la liste des causes n'est pas la même pour l'un et pour l'autre remède.

Jusqu'à l'Act législatif de 1857, qui introduit le divorce judiciaire, les cours ecclésiastiques, alors compétentes en matière de mariage, n'accordaient qu'un remède au désaccord entre époux : une séparation de corps dite « *divortium a mensa et thoro* » laissant subsister le lien de mariage « *vinculum* ». Le divorce véritable, au sens moderne du mot, « *divortium a vinculo* », existait bien aussi, mais il ne pouvait résulter d'un jugement des cours ordinaires : il fallait pour le prononcer un « acte législatif spécial et mettre en mouvement toute la procédure parlementaire » (1).

L'Act de 1857 introduit le divorce judiciaire « *a vinculo* » mais maintient le divorce « *a mensa et thoro* » dont il change le nom en celui de « séparation judiciaire ». Le divorce par Act du Parlement subsiste aussi, évidemment (« le Parlement peut tout faire... ») et son rôle n'est pas purement théorique car l'Act de 1857, donc le divorce judiciaire, n'est applicable ni en Ecosse ni en Irlande ni dans les Iles Anglo-Normandes. Cette diversité de législations a même eu des applications bien connues devant les juges français en matière de conflit de lois (2). L'Act de 1857, enfin, crée une cour des divor-

(1) Sir Thomas Barclay, *La Femme Anglaise*, Paris 1896, p. 41.

(2) Cf. Clunet 1907, p. 373 (1^{re} instance), et Clunet 1908, p. 790 (appel) : *Mc Bride c/ Mc Bride* (*Miss Maud Gonne*).

ces et mariages (1) qui reçoit les attributions des cours ecclésiastiques et doit se conformer en principe aux règles suivies auparavant par ces dernières, notamment pour la détermination de sa propre compétence (2). Ainsi, dans une certaine mesure, le droit moderne du divorce est tiré des règles anciennes de la séparation de corps, alors qu'en France la séparation de corps calquée sur la loi récente de divorce ne se rattache par aucun point à l'ancienne séparation.

§ 1^{er}. — *Causes de divorce en Droit anglais*

La réglementation des causes de divorce n'est pas restée telle qu'elle était lors de l'introduction du divorce judiciaire en 1857 (3).

A l'origine, « le mari peut demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme. La femme peut demander le divorce pour cause d'adultère de son mari si cet adultère a été accompagné d'inceste, bigamie, cruauté ou abandon pendant deux ans sans excuse raisonnable de sa part. L'un ou l'autre des époux peut demander le divorce pour cause de crimes contre la nature » (4).

(1) Cette Cour devint en 1873 une Division de la Cour Suprême de Justice (Supreme Court of Judicature), qui réunit alors plusieurs Cours existantes. Son titre est « Probate, Divorce & Admiralty Division » (Cf. Supreme Court of Judicature, *Act*, 1873 ; *Annuaire de Législ. Etr.* 1873, p. 31).

(2) Cf. Angihnnelli c/ Angihnnelli, précité.

(3) *Matrimonial Causes Act*, 1857 (20 et 21 Victoria, ch. 85).

(4) Sir Thomas Barclay, *La Femme Anglaise*, Paris 1896, p. 43.

Il en résultait entre les époux une profonde inégalité devant la sanction civile ; un *Act* de 1923 (1), modifiant les causes de divorce dans l'hypothèse où la femme est demanderesse, l'a fait disparaître : l'article 1^{er} porte que « la femme aura le droit de demander au tribunal la dissolution de son mariage en invoquant pour cause que le mari a, depuis la célébration dudit mariage et depuis la promulgation de cet *Act*, été coupable d'adultère... ». La réforme, ainsi qu'il est indiqué à la « *Schedule* » (appendice) de l'*Act*, porte sur les griefs qui devaient être joints à l'accusation d'adultère aux termes de l'*Act* de 1857 : il n'est plus nécessaire, désormais, que la femme invoque l'un d'eux, avec l'adultère, pour obtenir le divorce.

Enfin, ces dispositions sont réunies et condensées dans l'*Act* de 1925 sur l'organisation judiciaire (2) : « Une « demande en divorce peut être introduite devant la « Haute Cour ... par le mari invoquant pour cause que « sa femme a depuis la célébration du mariage été cou- « pable d'adultère ; et par la femme invoquant pour « cause que son mari a, depuis la célébration du maria- « ge, été coupable de viol ou de sodomie ou de bestia- « lité, ou que depuis la célébration du mariage et depuis « le 17 juillet 1923 (date de l'*Act* précédent) il a été « coupable d'adultère. » En résumé, le Droit anglais admet le divorce de façon bien plus restreinte que la

(1) *Matrimonial Causes Act*, 1923, art. 1 (13 et 14 Geo. V, ch. 19) ; *Everyday Statutes Annotated*, éd. cit., vol. 3, p. 2183 ; *Ann. Lég. Etr.* 1923, p. 377.

(2) *Judicature (Consolidation) Act*, 1925, art. 176 (15 et 16 Geo. V, ch. 49) ; *Everyday Statutes*, loc. cit. supra ; *Ann. de Lég. Etr.* 1925, p. 313).

plupart des législations mais il a, quoique tardivement, accordé à la femme un traitement égal.

Il paraît certain que le divorce ne serait pas prononcé pour adultère commis par un aliéné (1). Et même lorsque le trouble mental provenait de l'abus de boissons dont l'auteur était responsable, l'action en divorce n'aboutit pas non plus. Et nous verrons que, même pour la séparation de corps, remède moins grave que le divorce, le juge entend être convaincu de la responsabilité du coupable, qu'il s'agisse d'abandon, de cruauté ou d'adultère.

§ 2. — Causes de séparation de corps

Si la notion de cause de divorce est très étroite en Droit anglais, la réglementation des causes de séparation de corps présente une grande complexité quant aux sources (les causes sont soit d'origine canonique, soit d'origine législative) et quant à l'interprétation des nuances de chaque faute.

L'admission récente du divorce n'a donc pas fait de la séparation de corps une sorte de réduction de la nouvelle institution : l'ancienne séparation a été seulement confirmée et amendée par l'Act de 1857.

Le nom de divorce *a mensa et thoro* est remplacé par celui de séparation judiciaire (article 7).

La connaissance des actions en séparation est enlevée aux Cours ecclésiastiques et donnée à une juridiction civile, celle-là même que l'on crée pour connaître des actions en divorce.

(1) Cf. *Hanbury c/ Hanbury* 1892, p. 222.

Enfin l'Act de 1857, art. 16, introduit une nouvelle cause de séparation de corps : l'abandon sans motif pendant plus de deux ans.

Mais le fond même de l'institution n'est pas radicalement modifié : plusieurs articles de l'Act de 1857 en témoignent : c'est d'abord l'article 7 :

« ...dans tous les cas dans lesquels une décision prononçant le divorce *a mensa et thoro* pouvait auparavant être rendue, le tribunal pourra rendre une ordonnance de séparation judiciaire qui aura la même force et les mêmes conséquences que le divorce *a mensa et thoro* antérieur. »

L'article 16 énonce ensuite trois causes de séparation de corps : l'adultère, la cruauté, l'abandon sans motif pendant plus de deux ans, et seule la dernière cause constitue une innovation.

Enfin et surtout, l'article 22 dispose d'une façon générale que la nouvelle juridiction devra se conformer, dans toute la mesure où elle le jugera possible, à la pratique des anciennes cours ecclésiastiques, sauf les dispositions de l'Act et les ordonnances qui s'y réfèrent.

Tel est le principe. Les applications révèlent un travail d'élargissement, par la jurisprudence, de ces causes de séparation dont nous allons maintenant, l'une après l'autre, préciser la définition.

a) *Abandon*. — « Il y a abandon », selon Halsbury (1), « lorsque l'un des époux, sans le consentement ou contre la volonté de l'autre, agit volontairement et sans cause ou excuse raisonnable de telle

(1) Halsbury, *Laws of England*, tome 16, *Husband & Wife*, p. 481, n° 988.

« sorte que son conjoint vit séparé de lui pendant deux
« ans ou plus ; mais cette définition n'est pas limita-
« tive ». L'abandon n'existe donc que s'il y a intention
de créer une séparation directement ou indirectement.
Les mêmes faits sont qualifiés d'abandon, que le coupable
soit le mari ou la femme, et cette égalité dans la
sanction est un corollaire du devoir réciproque de cohabitation, déjà étudié.

Enfin l'abandon doit avoir duré pendant au moins deux ans, c'est alors « l'abandon légal » (statutory desertion) ce qui signifie « abandon ayant les caractères décrits par la loi » et non « abandon ayant effet juridique » ; il y a en effet un abandon non conforme à la définition de 1857, qui, depuis un *Act* ultérieur, a le même effet juridique que l'abandon de deux ans ; c'est l'abandon, même de peu de durée, qui a été suivi d'une action en restitution de droits conjugaux restée sans effet (1).

Mais, ainsi que nous l'avons dit à propos des devoirs personnels entre époux, la notion d'abandon est très nuancée : il y a loin de la désertion pure et simple aux cas suivants où les tribunaux anglais voient un abandon :

L'époux qui refuse d'accepter une condition raisonnable, que met l'autre époux à la reprise de la vie commune, est coupable d'abandon : il y a volonté injustifiée de priver l'autre époux de la vie commune.

Si même, et cela montre bien le caractère avant tout psychologique de l'abandon, l'un des époux se conduit vis-à-vis de l'autre d'une façon telle qu'il lui faut quitter la maison commune, il y a abandon de la part de l'époux

(1) C'est l'*Act* de 1884, article 5, qui a réalisé cette assimilation (cf. notice et traduction à l'*Annuaire de Lég. Etr.* 1884, p. 61).

coupable de ces agissements. L'abandon, dans ce dernier cas, porte souvent le nom d'abandon interprétatif (constructive desertion). Cependant il y a une limite aux applications de cette notion d'abandon, si large qu'elle soit : si l'époux responsable d'une séparation de fait se voit ensuite refuser la reprise de la vie commune, il n'y a pas *ipso facto* abandon, même de fait, de la part de l'autre époux ; son conjoint pourra seulement intenter une action en restitution de droits conjugaux (1).

b) *Adultère*. — L'adultère de l'un des époux est une cause de séparation aux termes de l'article 16 de l'Act de 1857 qui ne fait, sur ce point, que confirmer la pratique antérieure des cours ecclésiastiques. Dès avant 1857, donc, la femme comme le mari pouvait obtenir la séparation en invoquant cette cause sans avoir à y joindre un autre grief. Cette égalité de traitement mérite d'être soulignée puisque, on s'en souvient, c'est seulement en 1923 qu'elle fut accordée à la femme pour le divorce (2).

c) *Cruauté*. — L'article 16 de l'Act de 1857 admet enfin une troisième cause de séparation de corps : la cruauté, que déjà l'on pouvait invoquer devant les cours

(1) Cf. Jenks, *Digeste de Droit Civil Anglais*, 2^e éd., trad. Baumann et Goulé, 1923, tome 2, p. 134, art. 1865 ; Stephen, *Commentaire sur le Droit de l'Angleterre*, 19^e éd., vol. 1, trad. Desserteaux, 1933, p. 323.

(2) Notre ancien Droit français ne traitait pas non plus de même chaque époux, mais le moins favorisé était le mari qui ne pouvait invoquer, en vue de la séparation de corps, que l'adultère de sa femme, tandis que la femme pouvait invoquer également d'autres griefs, non limités, dont la gravité seule était appréciée par les juges (cf. Pothier, t. 6, n^{os} 508 et 525, Ed. Bugnet, 1846).

ecclésiastiques. Conformément à l'article 22, déjà cité, de l'*Act*, c'est encore à la pratique de ces cours que les tribunaux modernes doivent se référer pour apprécier la cruauté invoquée. Mais ceux-ci, profitant précisément de la latitude laissée par l'article 22, ont étendu l'acception ancienne du terme *cruauté*. Pour les cours ecclésiastiques, il n'y avait cruauté que s'il y avait eu « mauvais traitements physiques, ou conduite de nature à rendre, pour l'avenir, la vie commune plus ou moins dangereuse pour l'existence, l'intégrité ou la santé physique ou mentale de l'autre époux » (1) ; au contraire, selon la doctrine moderne, il faut surtout s'attacher à l'appréciation des faits sans suivre rigoureusement les qualifications anciennes. Elle admet notamment comme faits de cruauté les mauvais traitements qui n'entraînent pas de danger actuel ou futur. Les quelques espèces que nous allons rapporter montreront, mieux qu'une définition synthétique qui est toujours un peu arbitraire en Droit anglais, le contenu actuel de la notion de cruauté légale, et notamment ses rapports avec l'intention fautive.

Dans un procès *Tomkins c/ Tomkins* (2), en 1858, la séparation judiciaire est refusée à l'époux qui invoquait des actes de violence commis par son conjoint, parce qu'ils avaient eu lieu au cours d'une fièvre cérébrale, circonstance qui excluait, après guérison, le danger de récurrence. Cette décision suit encore l'ancienne jurisprudence : il y a eu des mauvais traitements, et si on n'en tient pas compte, c'est que leur retour n'est pas à craindre. Mais on ne tranche pas la question de savoir, au cas

(1) *Browne & Watts, Law & Practice of Divorce & Matrimonial Causes*, 9^e éd., 1921, p. 61.

(2) Cité par *Browne & Watts, op. cit.*, p. 63 ; cf. 1. Sw. & Tr. 168,

où ces mêmes actes seraient susceptibles de se reproduire, s'ils seraient qualifiés de cruauté légale même en l'absence d'intention cruelle.

En 1869, dans un procès Kelly c/ Kelly (1), il fut jugé que le fait, pour un mari de tourmenter et tyranniser constamment sa femme par son attitude et ses paroles constituait, même en l'absence de toute violence physique, un cas de cruauté légale, parce que ces agissements répétés avaient fini par altérer la santé de la femme. Cette décision, qui admet en l'absence de violence physique, l'existence de la cruauté légale, fut suivie de plusieurs autres assez récentes qui forment ainsi un principe de Droit bien établi (2).

Nous retrouvons la question de faute et d'intention, soulevée plus haut, dans les espèces relatives à la communication de maladies vénériennes. Les décisions anciennes, pour admettre comme acte de cruauté la communication de maladie vénérienne, exigeaient de la part du demandeur en séparation la preuve que la communication avait été volontaire (*wilful*). Or des décisions plus récentes (3) prononcent la séparation de corps sur la simple preuve de la contagion. On pourrait donc penser que la Division des divorces admet de nos jours (pour cette hypothèse), qu'il y a cruauté légale en l'absence d'intention malfaisante. (Nous avons vu déjà que la question se posait pour les actes de cruauté commis pendant une maladie). Mais en réalité l'évolution que l'on constate ici

(1) Cf. L. R. 2 P. & D. 31.

(2) De même qu'il y a un « abandon interprétatif » (défini *supra*, p. 158), de même il y a, dans un cas de ce genre, « cruauté interprétative » (Halsbury, t. 16, *Husband & Wife*, p. 475, texte et note g).

(3) Browning c/ Browning : *Prob.* 1911, p. 161.

n'a pas porté sur la question d'intention. L'arrêt Browning a simplement renversé une présomption admise antérieurement : au lieu que l'époux demandeur ait à prouver la communication et son caractère volontaire, désormais il est présumé que la communication a été volontaire, sauf preuve contraire par le défendeur. La doctrine de cet arrêt exige donc bien l'élément intentionnel comme le faisait l'ancienne ; elle implique l'intention dans la preuve du fait, au lieu d'exiger une double preuve.

Le Droit anglais ne s'est donc pas départi sur ce point du principe selon lequel la séparation judiciaire est la sanction d'une faute volontaire. Si d'ailleurs il en était ainsi, ce serait surtout dans le cas d'acte de cruauté commis par l'aliéné que la séparation serait accordée. Or elle ne l'est pas, la question fut jugée dans un arrêt Hall (1) assez ancien ; plus récemment (2), toutefois, apparaît une tendance à admettre que la folie même héréditaire du mari pourrait justifier un décret de séparation en faveur de la femme. Mais cette opinion donnée à l'occasion d'un jugement de *divorce* prononcé pour fautes commises pendant des intervalles lucides semble être restée isolée ; nous n'avons pas trouvé de décision récente accordant la séparation pour cruautés commises par un dément.

Ainsi donc, ni la communication involontaire de maladie vénérienne, ni la cruauté commise sous l'empire de la maladie, ni celle commise par un aliéné ne sont prises en considération : pour qu'il y ait cruauté légale il faut une intention cruelle, solution identique à celle que

(1) Hall c/ Hall, 1864, 3 Sw. & Tr. 347 (Browne & Watts, *op. cit.*, p. 63).

(2) Cf. Hanbury c/ Hanbury, 1892, *Prob.* 222.

nous avons rencontrée pour l'adultère et l'abandon qui doivent être intentionnels également.

La solution est identique aussi, semble-t-il, au principe français suivant lequel le divorce ou la séparation de corps ne peuvent intervenir qu'à titre de sanction d'une faute.

Cependant, une distinction s'impose :

§ 3. — *La notion*

de faute et celle d' « offense matrimoniale »

L'adultère, l'abandon, la cruauté doivent, pour avoir en Droit anglais un effet sur le lien de mariage, être des offenses intentionnelles atteignant le conjoint parce qu'elles violent une obligation du mariage même. Les causes du Droit français, au contraire, sont des offenses intentionnelles commises soit contre le conjoint (comme celles du Droit anglais), soit contre la société en général. Parmi ces dernières vient en premier la condamnation criminelle, puis viennent les flétrissures ou déchéances, qualifiées d'injures graves : l'auteur des délits réprimés a bien eu l'intention de les commettre, mais il n'a pas eu, ce faisant, l'intention de porter un préjudice moral ou matériel à son conjoint qui cependant dispose d'une sanction civile pour une faute qui ne le concerne pas à titre principal. En résumé le Droit français sanctionne des fautes envers le conjoint et envers la société ; le Droit anglais sanctionne uniquement les fautes envers le conjoint : « matrimonial offenses » (1). Ce n'est pas qu'il suffise, pour affirmer

(1) Les causes de divorce et de séparation de corps prennent en Droit anglais l'appellation commune et significative de « Matrimonial Offenses ».

cette différence, de confronter les deux listes de causes de divorce et de séparation de corps. En effet, il se pourrait fort bien que les notions très souples d'abandon et de cruauté comprennent des fautes (à peine plus « interprétatives » que celles déjà rencontrées) dont le conjoint soit le premier à souffrir parmi les tiers, mais ne soit pas la victime principale. Mais en fait le Droit anglais n'a pas poussé jusque-là les nuances ; jamais, dans les décisions de la Cour de divorce, la commission ou la répression d'un délit n'est qualifiée, à elle seule, d'offense matrimoniale : tantôt la commission du délit sert seulement à apprécier s'il y a eu *abandon* volontaire du conjoint ou fuite devant la crainte de répression pénale (1) ; tantôt la répression du délit (la durée de l'emprisonnement) est prise en considération pour le simple calcul du temps d'abandon légal (2) ; tantôt, enfin, le délit est à l'origine de la cruauté interprétative sans toutefois en être l'essence : c'est le cas limite qu'illustre l'espèce suivante :

En 1901, le divorce est prononcé entre les époux Thompson (3) pour adultère et cruauté du mari (4).

Le mari a commis ces deux offenses matrimoniales en se rendant coupable d'un viol, pour lequel il a été condamné pénalement en vertu de l'Act criminel de 1885 qui réprime les attentats aux mœurs (4). La Cour décide

(1) *Drew c/ Drew*, 1888, Digest, *Husband & Wife*, n° 2975 & 58. L. T. 923.

(2) Cf. *Astrove c/ Astrove*, 1859, Digest, *Husband & Wife*, n° 2974 et 29, L. J. P. & M. 27.

(3) Cf. *Thompson c/ Thompson*, 1901, 85 L. T. 172, et Digest, *Husband & Wife*, n° 2648.

(4) *Criminal Law Amendment Act* 1885 (48 & 49 Victoria, ch. 69, art. 5).

qu'il y a eu cruauté de la part du mari parce que la honte et le bouleversement qu'a causé à la femme cette condamnation pénale ont complètement ruiné sa santé.

Ce cas nous semble être à la limite de la notion anglaise d'offense matrimoniale. En effet :

Il résulte des termes de l'arrêt que si la condamnation infligée aboutit à fournir une cause de divorce c'est en raison du dommage à la santé de la femme provoqué par la faute du mari : ni le simple fait qu'il y a condamnation, ni le simple préjudice moral, ne suffirait pour qu'il y ait cruauté légale.

Dans cette hypothèse, comme dans les précédentes, il faut une offense précise contre le conjoint : le principe anglais y est bien respecté et il n'y a pas de place, ici, pour le principe français opposé suivant lequel la condamnation pénale est, abstraction faite de ses conséquences, une cause de divorce.

Mais d'un autre point de vue la solution rapportée dépasse l'application normale de l'idée de cruauté : si la cruauté, ici, ne peut consister que dans l'atteinte portée à la santé de la femme, encore faut-il que cette atteinte soit intentionnelle. Or, cette intention précise, le mari ne l'a évidemment pas eue : l'acte de cruauté emprunte son caractère intentionnel à l'adultère auquel il se rapporte et le juge anglais s'en contente. En effet, chacune des circonstances aggravantes de l'adultère, dont l'une au moins est exigée avant 1923 pour le prononcé du divorce, est liée et accessoire à la faute principale. Au contraire, se prononçant sur une demande en séparation, le juge écarterait le grief principal et unique de séparation en l'absence d'intention intrin-

sèque à l'acte de cruauté. Malgré cette différence nous avons cru pouvoir utiliser une décision de divorce, plus caractéristique que les décisions analogues de séparation de corps, pour vérifier que la condamnation pénale à elle seule n'est pas un cas de cruauté cause de séparation : dans le cas Thompson c/ Thompson, le juge du divorce apprécie en effet la cruauté, en tant que fait, suivant le critérium le plus strict (1) que suivaient pour la séparation les cours ecclésiastiques : atteinte actuelle ou future à la santé physique ou morale.

Que reste-t-il du rapprochement, esquissé plus haut, entre la notion française de divorce — ou séparation — sanction, et la notion anglaise d'offense matrimoniale ? Une simple analogie : les causes anglaises de divorce ou de séparation restent soumises à l'existence d'une violation à titre principal d'une obligation personnelle entre époux. Le Droit français connaît un principe analogue de tendance mais plus général. La principale conséquence, en conflit de lois, sera la suivante : lorsque la loi anglaise sera seule (2) applicable entre époux anglais, le juge français devra écarter toute demande basée sur une simple condamnation pénale même qualifiée de cruauté.

(1) Il n'y est pas astreint car « la distinction doit toujours soigneusement se faire dans l'esprit entre la définition de la cruauté au cas de séparation, où la Cour est toujours limitée par les principes et règles des Cours ecclésiastiques, et le cas de divorce où elle a les mains libres » (Browne & Watts, p. 65). Et nous trouvons précisément que dans la même affaire, s'agissant de l'intention, le juge apprécie la cruauté pour le divorce autrement que pour la séparation.

(2) Nous réservons la question de savoir si l'effet civil attaché en France par la loi de divorce à certaines condamnations pénales, n'est pas d'ordre public (cf. *infra*, sect. II, § 2, *in fine*).

De tout l'exposé de Droit anglais, qui précède, résulte d'autre part une différence profonde avec le Droit français sur les rapports entre la séparation de corps et le divorce. Au lieu d'une liste unique de causes, dont chacune peut, au choix du demandeur, servir de base à une demande en divorce ou en séparation de corps, ce qui est le cas du Droit français, le Droit anglais en fournit deux, très différentes quant à la variété des griefs, quant à leurs sources juridiques, parfois même quant à la gravité exigée de chaque grief. Cet état du Droit est incompatible avec la notion de conversion qui ne peut exister que dans une législation pourvue comme la nôtre d'une réglementation unique et commune : l'absence, en Droit anglais, d'une réglementation unique des causes, et d'une procédure de conversion, complique dans une certaine mesure le problème de conflit de lois que nous abordons maintenant.

SECTION II. — SOLUTION DU CONFLIT EN MATIÈRE DE DIVORCE

Le tribunal français, supposé compétent, saisi d'une demande en divorce ou séparation de corps entre époux anglais, recherche quelle législation son système de conflit de lois désigne comme applicable à la solution du litige. Suivant l'article 3, § 3, et son interprétation traditionnelle, c'est la loi nationale qui régit l'état et la capacité des étrangers en France. Le divorce et la séparation de corps relevant de l'état des personnes, la loi normalement applicable est la loi anglaise comme loi nationale. Ainsi, le Droit français, qui admet plus largement ces remèdes que le Droit anglais, désigne, en ses dispositions

de conflit, ce dernier qui est plus restrictif que lui pour en décider l'admission : ainsi, l'application normale de notre système de conflit amènera le juge français à refuser entre Anglais le divorce ou la séparation dans des cas où il serait obligé de les prononcer si des Français s'en prévalaient.

La désignation de la loi nationale pour décider de l'admission du divorce et de la séparation de corps est dans notre système français de conflit une règle indiscutée. Certaines décisions, cependant, exigent parfois que la cause de divorce ou de séparation invoquée soit admise cumulativement par la loi française (*lex fori*) et la loi nationale (1). Cette exigence, ainsi formulée, donnerait à croire qu'il existe une règle de conflit spéciale au divorce et plus sévère que l'article 3. En réalité, elle exprime, de façon trop concise, l'application combinée de l'article 3 du C. civ. et de la notion française d'ordre public :

Conformément à l'article 3, il faut n'admettre le divorce ou la séparation de corps que pour des motifs reconnus par la loi étrangère ; encore faut-il, cette première condition remplie, que les causes invoquées n'accordent pas plus facilement ces remèdes que les causes du Droit français dont le caractère limitatif est d'ordre public (2). Ce sont deux questions distinctes, que le tribunal français se pose toujours, successivement, dans les nombreuses hypothèses qui peuvent se présenter. Nous

(1) Cf. Trib. Blois, 10.5.1906, *Revue Dr. Int. Privé* 1908, p. 628, Clunet 1908, p. 517, dame Schisgal c/ Krijewski.

(2) Cf. Aubry et Rau, V^e édition, § 490, note 4, et Bartin, *Principes*, tome 1, § 90, p. 241.

allons les examiner tour à tour, et, allant du simple au complexe, étudier d'abord la demande en divorce pour adultère.

§ 1^{er}. — *Demande en divorce pour adultère*

La loi anglaise, loi nationale, admet le divorce pour adultère, et l'adultère seul suffit, même si l'époux coupable est le mari ; plus n'est besoin pour la femme, de prouver l'existence d'une circonstance aggravante, comme avant 1923. L'adultère prouvé, et il doit l'être suivant les modes du Droit français, le tribunal prononcera le divorce sans que la question d'ordre public ait à intervenir puisque le Droit français admet la même cause de divorce sans faire non plus de différence selon que l'époux coupable est le mari ou la femme. C'est l'hypothèse de conflit la plus simple : le divorce est prononcé entre les époux anglais conformément à leur loi nationale.

Mais la solution française, en conflit de lois, n'a pas toujours été aussi simple puisque, à une date encore récente, la législation anglaise faisait un traitement inégal au mari et à la femme.

Les décisions françaises rendues entre anglais exigent alors du demandeur la preuve de l'adultère et de l'une des fautes suivantes : inceste, bigamie, cruauté, ou abandon de deux ans au moins.

Le tribunal de la Seine, en 1910, dans un procès Smith c/ Smith (1), prononce le divorce, en se référant à la loi

(1) Trib. Seine, 4^e ch., 24.6.1910, *Revue Dr. Int. Privé* 1913, p. 844, *Clunet* 1914, p. 922, *Smith c/ Smith*.

anglaise, parce que la femme a fait la preuve de l'abandon dont elle a été victime. Ce jugement, très succinct, ne dit pas que la demanderesse ait prouvé l'adultère du mari, et cependant, il semble bien que l'abandon qu'il relève en soit une circonstance aggravante. Il n'est en effet pas possible d'admettre qu'en l'espèce le divorce ait été prononcé conformément à la loi française car il n'est pas question du renvoi qui y serait fait, et le jugement eût alors qualifié l'abandon d'injure grave pour en faire une cause de divorce du Droit français. Le jugement rendu par le tribunal de Boulogne, en 1926, dans l'affaire Sandberg c/ Sandberg (1), fournit au contraire une application très claire de l'ancienne réglementation anglaise du divorce : la femme (anglaise par son mariage) demande contre son mari (sujet anglais) le divorce pour adultère aggravé d'abandon du domicile conjugal. Le défendeur, restant sur le même terrain, oppose la durée insuffisante de l'abandon parce que la loi anglaise exige un abandon, sans motif, d'au moins deux ans et que cette condition n'est pas remplie. La demanderesse ne pouvant invoquer, avec l'adultère, d'autre circonstance aggravante que cet abandon de courte durée, répond « que la loi anglaise admet que les tribunaux étrangers « appliquent quant aux causes de divorce les dispositions « de leur propre législation » ; et invoquant ainsi le renvoi à la loi française, elle demande au tribunal d' « être autorisée à rapporter la preuve des faits non « prévus par la loi de 1857 comme causes du divorce ». Le renvoi est refusé, pour des raisons et dans des termes

(1) Trib. Boulogne, 5.2.1926, *Revue Dr. Int. Privé* 1926, p. 264, Clunet 1926, p. 977, Sandberg c/ Sandberg.

que nous citerons plus loin (1) ; dès lors le tribunal s'attachant exclusivement aux causes de divorce de l'Act anglais de 1857, déboute la demanderesse qui n'a pas fait la preuve de griefs prévus par cette législation.

Nous citerons enfin un jugement du même tribunal, rendu entré les époux Frame (2) en 1925 et prononçant le divorce au profit de la femme pour adultère et abandon *légal* commis par son mari, l'abandon ayant duré plus de deux ans.

Dans ces différents cas, le juge français s'est attaché exclusivement aux conditions anglaises d'admission du divorce : lorsqu'il le prononce c'est parce qu'elles sont satisfaites ; lorsqu'il le refuse, c'est parce que le Droit anglais ne l'admet pas. Et dans ce dernier cas, qui est celui de l'affaire Sandberg, le juge ne recherche même pas quelle serait la solution du Droit français dans le même cas. L'abandon de moins de deux ans y pourrait valoir comme injure grave et le divorce serait prononcé. Si les causes de divorce du Droit français étaient considérées comme un minimum de facilités à la disposition de toute personne plaidant en France, si en d'autres termes leur admission s'imposait d'ordre public, le divorce eût été admis ici pour injure grave, l'ordre public français suppléant à la stricte application d'une loi plus sévère désignée par notre système de conflit. Ainsi, avant même que le mot soit prononcé, on remarque que l'ordre

(1) Cf. *infra*, § 2, a.

(2) Trib. Boulogne, 14.12.1925, *Revue Dr. Int. Privé* 1926, p. 267, Clunet 1927, p. 70, *Gaz. Pal.* 1926.1.255, dame Frame c/ son mari.

public n'impose pas l'application intégrale aux étrangers de toutes les facilités du divorce français.

L'admission du divorce dans l'affaire Frame et son refus dans l'affaire Sandberg interviennent l'un et l'autre par application de la législation anglaise antérieure à 1923. Or l'Act de 1923, en vertu duquel les circonstances aggravantes de l'adultère cessent d'être nécessaires même si le coupable est le mari, dispose que l'adultère *commis après sa promulgation* sera une cause suffisante de divorce : En est-il ainsi dans l'affaire Frame puis l'affaire Sandberg ?

Dans la première affaire, l'abandon remonte à 1921 et n'a pas cessé depuis cette date. Mais, la demande en divorce étant postérieure à l'Act de 1923, si la demanderesse avait pu prouver que l'adultère avait été commis après la date de l'Act il eut été inutile d'invoquer en outre l'abandon de deux ans pour obtenir le divorce.

Dans l'affaire Sandberg, en 1926, le divorce est refusé parce que l'abandon allégué ne date que de huit jours lors de la demande en divorce, sans qu'il soit statué sur la valeur de l'accusation d'adultère. L'adultère allégué datant, selon la demanderesse, du 15 juillet 1925, l'exacte application de la loi anglaise (Act de 1923) eût exigé que, sur la simple preuve de ce fait, le divorce fût accordé.

Les décisions rapportées ici appliquent donc l'ancienne réglementation anglaise du divorce pour cause d'adultère. Un tribunal français saisi, dans l'avenir, d'une demande en divorce pour adultère du mari commis avant le 18 juillet 1923 devrait également s'y conformer. En pratique, d'ailleurs, pareille demande pourrait difficilement aboutir car si la loi anglaise est compétente pour les causes de divorce elle l'est également pour les fins

de non recevoir (1), au premier rang desquelles figure le retard injustifié apporté à la demande. A moins qu'il ne soit prouvé que le retard n'est pas imputable au demandeur, le divorce devrait donc être refusé. Pratiquement c'est l'Act de 1923 qui sera seul appliqué dans l'avenir à l'action en divorce.

§ 2. — *Admission d'autres causes de divorce :*

Le renvoi à la loi française

Les deux seuls cas dans lesquels nos tribunaux peuvent prononcer le divorce entre époux anglais par application pure et simple de la loi nationale anglaise, désignée par notre système de conflit, sans intervention à aucun titre de la loi française interne, sont donc l'adultère et le crime contre nature.

La loi française au contraire permettrait ce remède dans bien d'autres cas. L'époux anglais, qui ne peut ou ne veut prouver l'existence d'une cause de divorce prévue par sa propre loi, cherchera à obtenir une décision favorable en invoquant une cause du Droit français autre que l'adultère. L'avantage qu'il y a à être jugé selon la loi française est évident ; deux raisonnements peuvent être utilisés pour arriver à ce résultat : le premier tiré de l'*ordre public*, le second constituant l'application au divorce de la théorie du *renvoi*. C'est, nous l'avons vu, un principe d'ordre public que les causes de divorce du Droit français constituent une maximum de facilités en vue du divorce : même en application d'une loi étran-

(1) Cf. *infra*, ch. 2 : les fins de non recevoir opposables en Droit anglais à l'action en divorce, et leur caractère de règles de fond gouvernant l'admission du divorce entre époux anglais devant les tribunaux français.

gère plus large supposée compétente, le juge français ne pourrait le prononcer plus facilement que dans un litige de pur droit interne. Inversement l'ordre public français n'exige-t-il pas que toutes les facilités accordées aux français par le Droit français s'appliquent même si la loi étrangère compétente est plus restrictive ? La loi française de divorce serait, alors, aussi bien d'ordre public impératif que d'ordre public prohibitif. En réalité, si la prohibition du divorce était d'ordre public avant 1884, si sa prohibition hors les causes énumérées par cette loi reste d'ordre public, son admission quand l'une de ces causes est prouvée n'est nullement d'ordre public impératif (1). La question ne semble pas avoir été discutée dans les affaires relatives à des divorces anglais qui sont rapportées, mais l'absence d'ordre public impératif semble démontrée implicitement dans l'affaire Sandberg exposée ci-dessus (2). Elle résulte surtout *a fortiori* des décisions françaises qui refusent le divorce parce que la loi nationale des parties ne l'admet pas. C'est ainsi que le tribunal d'Aix (3) refusa en 1928 le divorce entre époux italiens, en déclarant, parmi ses attendus qu' « en l'état » de nos mœurs, la loi autorisant le divorce ne revêt pas « le caractère d'ordre public international ». Si le divorce est refusé en France à des étrangers parce que leur loi nationale ignore le divorce, l'ordre public français ne s'opposant pas à ce refus, *a fortiori* l'ordre public ne s'oppose pas au refus du divorce s'il est motivé seule-

(1) Cf. Bartin, *Principes*, t. 1, § 91, p. 243.

(2) Cf. *supra*, p. 170.

(3) Trib. civ. Aix, 23.1.1928, *Gaz. Pal.* 1928.1.780, ép. Depetris, cf. p. 782 l'attendu cité.

ment par la plus grande sévérité de la loi étrangère (1).

Dans une note au *Clunet*, sous le jugement Smith précité, M. le Conseiller Tournade s'exprime ainsi au sujet de l'ordre public : « Le critérium de l'ordre public c'est « le scandale pouvant résulter d'une décision en opposition trop violente avec nos mœurs ; quand il y a divergence mais non scandale, il n'y a pas motif pour faire « fléchir le principe raisonnable et vraiment philosophique du respect du statut personnel » (2).

Ce principe très clairement exprimé nous paraît résumer et corroborer les solutions de jurisprudence qui ne font intervenir l'ordre public ni en matière de divorce, ni en matière de recherche de paternité naturelle, lorsque la loi qui régit ces deux institutions les écarte ou les rend plus difficiles que notre droit. Nous citons ici la recherche de paternité naturelle parce que le problème de l'ordre public se présente pour elle de la même manière que pour le divorce (3). Ainsi l'époux anglais demandeur en divorce ne peut pas obtenir le bénéfice de l'application d'une cause française de divorce en soute-

(1) L'admission du divorce entre étrangers, lorsque notre Droit interne l'admettrait, est si peu d'ordre public que le divorce pour adultère a été refusé par la Cour d'Alger contre un mari musulman parce que la loi Coranique ne lui défend pas l'adultère. Il est vrai qu'en l'espèce il s'agit d'un conflit colonial et non international. Cf. Cour d'Alger, *Ch. musulm.*, 27.6.1921, *Clunet* 1922, p. 650, *Proc. Général* c/ Derradji oul Mohammed.

(2) *Clunet* 1914, p. 922, exposé des difficultés variées que comporte la notion d'ordre public international en matière de divorce.

(3) Cf. notamment un arrêt de Cassation (*Ch. civ.*), du 20.1.1925 (*G. Pal.* 1925.1.500), selon lequel la loi française qui autorise la reconnaissance judiciaire de paternité naturelle ne s'oppose pas par raison d'ordre public à l'application normale de la loi italienne plus restrictive.

nant que l'ordre public exige l'efficacité de ce motif en toute hypothèse.

C'est en cette conjoncture que l'application, malgré tout, de la loi française a été recherchée et obtenue sous certaines conditions, grâce à la théorie du renvoi.

a) *Analyse de la jurisprudence française.* — Le renvoi, que nous avons déjà rencontré et défini (1), a aujourd'hui presque autant d'importance en matière de divorce que pour les successions mobilières à propos desquelles il a été pour la première fois admis par la Cour de cassation.

En effet, le Droit anglais décide que les conditions d'admission du divorce de ses nationaux dépendent de la loi du pays où il ont leur domicile, la question se rattachant au statut personnel qui d'une façon générale suit la loi du domicile. Les plaideurs anglais demandèrent au juge français de prononcer leur divorce aux termes de la loi française, qui l'admet plus facilement, en justifiant d'un domicile en France.

La jurisprudence française a donc eu, comme dans toute question de renvoi (2), à prendre parti sur quatre points :

Le renvoi doit-il être admis en général ? N'y a-t-il pas des objections particulières contre le renvoi appliqué au divorce ? La loi anglaise renvoie-t-elle réellement à la loi du domicile en matière de divorce ? A quelle loi faut-il demander la définition du domicile pour savoir s'il en existe un en France ?

(1) Cf. *supra*, pp. 48 et 102.

(2) Cf. *supra*, p. 51.

Sur aucun de ces points l'unanimité n'est faite entre nos tribunaux. Nous exposerons dans l'ordre de dates les principales solutions qui ont été données avec les changements d'orientation qu'elles révèlent, en négligeant toutefois volontairement ce qui a trait aux arguments absolument généraux invoqués pour ou contre le renvoi. Aussi bien ce chapitre ne doit traiter que de ce qui se rapporte directement au divorce. Nous croyons devoir citer ici de larges extraits des décisions et des notes qui s'y rapportent afin de pouvoir ensuite les utiliser dans une conclusion d'ensemble sur le renvoi en matière de divorce.

En 1908, la 4^e Chambre du tribunal de la Seine prononce le divorce entre les époux anglais *Grivot de Grandcourt* (1), pour injure grave et en appliquant exclusivement la loi française :

« Attendu... que d'après la loi anglaise l'état des personnes et spécialement les causes de divorce se déterminent non d'après la loi nationale des époux mais d'après la loi de leur domicile au moment de l'exercice de l'action et cela sans distinguer entre les mariages contractés à l'étranger et les mariages contractés en Angleterre ; que la loi française est donc seule applicable en l'espèce, le sieur de Grandcourt habitant Paris. »

La note commentant ce jugement, au *Clunet*, fait observer que : « le jugement a été rendu par défaut. On n'a donc pas discuté la question de savoir si le tribunal français devait accepter le renvoi fait par la loi

(1) Trib. Seine, 4^e ch., 7.5.1908, *Revue Dr. Int. Privé* 1908, p. 627, *Clunet* 1909, p. 474, *Grivot de Grandcourt*.

« anglaise à la loi française » et l'auteur de la note ajoute que le jugement élude la difficulté de savoir ce qu'il faut entendre par domicile du point de vue du Droit anglais.

Voici donc une première décision qui ne conteste pas la désignation par le Droit anglais de la loi du domicile, qui paraît se suffire d'un domicile en France aux termes de la loi française, et qui ne soulève pas d'office le problème d'admission ou refus du renvoi : selon elle, donc, l'application de la loi nationale ne s'impose nullement d'ordre public. Au contraire, l'application de la loi du domicile semble résulter tout naturellement de la désignation qu'en fait la loi nationale, sans même que ce processus soit qualifié du nom de renvoi (1).

La même chambre du même tribunal rend en 1913 (2) une décision dans le même sens et plus longuement motivée, s'agissant toujours d'une demande en divorce entre époux anglais domiciliés en France. La demanderesse obtint le divorce en invoquant l'injure grave commise par son mari qui refusait de la reprendre au domicile conjugal, après un séjour que, sur son conseil et pour raison de santé, elle avait fait à Londres dans sa famille. « Attendu — dit le tribunal — que ce fait constitue une « des injures graves prévues par l'article 231 C. civ. ;

(1) Le jugement rendu en 1910 par la même juridiction dans l'affaire *Smith c/ Smith*, précitée applique peut-être aussi le renvoi. Mais les motifs sont très succincts : il relève que la loi anglaise prévoit, comme faute du mari, le refus de recevoir sa femme au domicile conjugal ; mais comme il n'est pas parlé d'adultère et que l'abandon ne suffirait pas selon la loi anglaise, il semble en définitive que c'est la loi française qui fait prononcer le divorce.

(2) Trib. Seine, 4^e ch., 11.2.1913, *Revue Dr. Int. Privé* 1914, p. 547, *Clunet* 1913, p. 1233, O... c/ M..

« Attendu, il est vrai, que la dame O... a acquis par le
 « fait de son mariage la nationalité de son mari et que
 « les deux époux sont anglais (1) ; Attendu que d'après
 « la loi anglaise de 1857 le divorce ne peut être prononcé
 « que pour cause d'adultère ; Mais attendu qu'en vertu
 « d'une jurisprudence constante les tribunaux anglais
 « décident qu'on doit appliquer en matière de divorce
 « aux époux anglais domiciliés à l'étranger la loi de leur
 « domicile, notamment en ce qui concerne les causes
 « pour lesquelles le divorce peut être prononcé ; Attendu
 « que O... a son domicile à Paris et qu'il n'en a aucun
 « en Angleterre ; qu'en conséquence le tribunal peut et
 « doit appliquer aux parties en cause la loi française...
 « Par ces motifs, prononce le divorce entre les époux
 « O... ».

Ce jugement confirme et précise la doctrine du précédent. Comme le précédent, il adhère à la théorie du renvoi mais toujours implicitement. Sans non plus préciser suivant quelle loi il apprécie l'existence ou l'absence de domicile en France, il s'appuie à la fois sur l'existence d'un domicile en France et sur l'absence de domicile en Angleterre. Enfin il précise à quelle source du Droit anglais est formulée la loi du domicile, et n'hésite pas à faire fonctionner le renvoi en vertu d'un principe juridique étranger. L'attendu cité qui concerne ce dernier point nous paraît important car parmi les décisions que nous donnons plus loin on relève le refus de prendre en considération « la règle anglaise de la loi du domicile » qui « n'est écrite dans aucune loi anglaise mais dérivée

(1) Peu importe en l'espèce, la nationalité hollandaise d'origine de la dame O...

« seulement d'une tendance de la jurisprudence anglaise » (1). Ecarter, parce que jurisprudentiel, un principe du Droit anglais aboutirait à refuser d'appliquer les trois quarts de cette législation qui est surtout de source jurisprudentielle (2). Ce serait aussi méconnaître l'autorité très grande, égale à celle d'un texte législatif, que revêt en Angleterre toute solution construite et consolidée en plusieurs arrêts successifs. Nous expliquerons plus loin comment la loi anglaise du domicile est précisément de jurisprudence constante et par là indiscutable.

Il faut attendre 1933 pour trouver une décision de la Cour d'appel de Paris statuant sur le divorce en écartant le renvoi contrairement aux jugements de la Seine que nous venons de rapporter (3). Dans l'intervalle, cependant, il y a dans le même ressort une série de décisions admettant le renvoi pour des raisons absolument générales ; aussi, bien qu'aucune d'elle ne concerne le divorce, cet arrêt de la Cour d'appel de Paris interviendra en contradiction complète avec leur jurisprudence. Quant au dernier arrêt de Cassation, rendu sur le renvoi en 1910 (arrêt Soulié), qui l'admet en matière de successions, les motifs très généraux qu'il en fournit donnent lieu de croire que la Cour suprême l'admettrait également en matière de divorce (4).

Cependant, ce n'est pas en 1933, mais dès 1926, que dans le ressort de la Cour de Douai le renvoi est refusé

(1) Trib. Boulogne, 5.2.1926, *Revue Dr. Int. Privé* 1926, p. 264, *Clunet* 1926, p. 977, Sandberg c/ Sandberg.

(2) Cf. Introduction, p. 9.

(3) Affaire Stewart, analysée plus loin, p. 194.

(4) Cass. req., 1.3.1910, *Revue Dr. Int. Privé* 1910, p. 872, *Clunet* 1910, p. 888, Sirey 1913.1.105, *Dalloz* 1912.2.262.

en matière de divorce. La Cour de Douai, ainsi que celle de Pau qui l'a rejeté surtout en matière de succession malgré les arrêts de cassation, est notoirement hostile à la théorie du renvoi. C'est d'abord le Tribunal de Boulogne (1) qui, en 1926, refuse de prononcer le divorce, entre les époux Sandberg, Anglais domiciliés en France, parce que la demanderesse ne justifie pas de l'existence de causes de divorce reconnues par la loi anglaise. Nous avons déjà cité cette affaire comme appliquant la législation anglaise du divorce antérieure à l'Act de 1923 : la dame Sandberg demanda le divorce pour adultère du mari accompagné d'abandon. L'abandon ayant commencé une semaine avant la demande en justice, le mari opposa la durée insuffisante de l'offense : aux termes de l'Act de 1857, il faut un abandon de deux ans.

Au lieu de tenter de faire la preuve de l'adultère poursuivi postérieurement à l'Act de 1923, qui eût suffi pour obtenir le divorce, aux termes de la loi nationale modifiée, la femme plaida, l'application de la loi française par renvoi. C'est ce second argument qui seul nous intéresse ici : Le tribunal ne conteste pas qu'il y ait domicile en France. Il nie l'existence en Droit anglais d'une véritable « Loi du domicile », n'y voit qu'une « tendance de la jurisprudence anglaise » appréciation que nous avons citée et discutée plus haut (2). Mais sa principale et nouvelle argumentation est la suivante :

« Attendu qu'il ne s'agit pas de décider si les causes de divorce d'après la loi ou la jurisprudence anglaise

(1) Trib. Boulogne, 5.2.1926, *Revue Dr. Int. Privé* 1926, p. 264 Clunet 1926, p. 977; Sandberg.

(2) Cf. pp. 179-180,

« se déterminent d'après la loi du domicile, mais à faire
« application des principes de Droit international qui sont
« contenus dans l'article 3 C. civ. lequel... fait impli-
« citement dépendre de leur loi nationale l'état et la
« capacité des étrangers résidant en France ; que cette
« règle est impérative et s'impose aux juges, chaque
« Etat ayant le droit de fixer l'étendue de ses propres
« lois et celle des lois étrangères sur son territoire ; que
« par suite le tribunal étant saisi d'une demande en
« divorce introduite par les époux Sandberg résidant en
« France, est tenu d'appliquer la loi anglaise comme si
« les époux résidaient en Angleterre ...»

Le tribunal refuse donc de prononcer le divorce en utilisant l'argument très général contre le renvoi qui consiste à dire : la loi étrangère doit s'appliquer ici, telle qu'elle s'appliquerait chez elle, en vertu de l'impératif français de l'art. 3 du Code civil étendu aux étrangers (1). Remarquons que, dans ces attendus, l'existence d'un domicile en France n'est pas contesté, bien que le tribunal parle de résidence et non de domicile.

La Cour d'appel de Douai (2), en 1929, confirme un autre jugement du même tribunal (devenu tribunal du Pas-de-Calais, Section de Boulogne) qui avait prononcé le divorce entre les époux anglais Dutnall, dans les circonstances suivantes :

La dame Dutnall avait obtenu en première instance le divorce pour adultère du mari, en application de la loi

(1) Cf. Labbé : *Clunet* 1885, pp. 5 et suiv. & Martin, *Principes*, tome 1, p. 208.

(2) C. Douai, 2^e ch., 26.3.1929, *Revue Dr. Int. Privé* 1929, p. 500, *Clunet* 1929, p. 1329, Dutnall c/ Dutnall.

anglaise (1). Le mari interjeta appel pour tenter de faire admettre devant les seconds juges une demande principale : la femme aurait, elle aussi, commis l'adultère ou au moins des actes constituant injures graves. La Cour refusa d'admettre sa demande, le divorce ne pouvant être prononcé aux torts de la femme pour injure grave parce que la loi anglaise qui ignore cette cause est seule applicable à l'espèce. C'est le refus du renvoi, que les attendus justifient comme il suit :

« Attendu... que si l'on doit considérer comme certain
« que par une disposition de Droit international privé
« le législateur anglais a renoncé à ses prérogatives à
« l'égard de ses ressortissants domiciliés en France, cette
« disposition se trouve en conflit avec le principe égale-
« ment de Droit international privé qui se déduit de l'ar-
« ticle 3 du Code civil et d'après lequel les droits des
« étrangers en France sont fixés par leur loi nationale ;
« qu'on peut trancher ce conflit en appliquant la règle
« tirée de l'article 3 C. civ. qui, étant de Droit interna-
« tional privé, constitue un acte de souveraineté de carac-
« tère purement territorial auquel il ne peut être porté
« atteinte par le législateur étranger ; qu'on ne peut
« accepter le renvoi à la loi française alors que le légis-
« lateur ne l'a pas admis... »

Dans le même arrêt, la Cour conteste à son tour l'existence d'une loi anglaise du domicile, disant qu'il n'y a là qu'une « règle adoptée par la jurisprudence... » par « suite susceptible d'être modifiée par elle dans l'avenir

(1) C'est l'Act de 1923, supprimant la nécessité de prouver une circonstance aggravante de l'adultère du mari, qui est donc appliqué ici.

« dans le sens de la prédominance de la loi nationale ».

Et la Cour ajoute sur l'existence d'un domicile en France : « Attendu, en tous cas, que la loi du domicile « exigerait que Dutnall eût en France un domicile légal « ou tout au moins un domicile de fait ; qu'il ne paraît « pas avoir acquis ni l'un ni l'autre ; qu'en effet, il ne « justifie pas qu'il ait obtenu l'autorisation prévue par « l'article 13 du Code civil et qu'il ne résulte pas des « documents de la cause qu'il ait manifesté clairement « son intention de se fixer en France... »

Il y a là trois questions différentes : renvoi, loi du domicile, existence d'un domicile en France, sur lesquelles notre arrêt apporte des solutions d'intérêt très varié.

Sur l'autorité attachée à la loi anglaise du domicile, la Cour reprend des arguments déjà cités et discutés (1).

Sur la question d'existence d'un domicile en France, la Cour laisse entendre qu'à défaut de domicile de droit, il suffirait d'un domicile de fait pour faire jouer le renvoi, si ce dernier était admis. Rejetant le renvoi, l'arrêt n'avait évidemment pas à en préciser les conditions de fonctionnement. Mais il y a là un aperçu de solution d'un problème que nous avons déjà posé : comment, et d'après quelle législation doit être défini le domicile en vue du renvoi ? Aujourd'hui, la question doit être étudiée à la lumière de la nouvelle loi sur la Nationalité qui supprime l'admission des étrangers à domicile, et assimile sur ce point les étrangers aux Français suivant l'interprétation dominante (2) ; il serait donc possible

(1) Cf. *supra*, p. 181, affaire Sandberg, et pp. 179-180, affaire O... c/ M... & Sandberg.

(2) Cf. Article de M. J. Valéry : « Un Etranger peut-il acquérir

aujourd'hui pour un étranger d'acquérir un domicile en France non par le mode juridique, mais par l'intention jointe au fait d'habitat : c'est peut-être le sens qu'il faut donner ici à l'expression « domicile de fait ».

Enfin, l'arrêt Dutnall pose en termes nouveaux la question du renvoi en matière de divorce.

Il y a, dit-il, conflit entre les dispositions de Droit international privé françaises et étrangères : or nous essaierons de démontrer que la loi du domicile n'est pas en Droit anglais une disposition de Droit international, étant inséparable de tout le Droit anglais, ensemble indivisible. Comment, alors, parler de l'atteinte que porte le Droit anglais à la règle de l'article 3 qui « étant de « Droit international privé constitue un acte de souveraineté de caractère purement territorial », si la loi du domicile est partie intégrante d'une législation applicable impérativement aux termes de cet article 3 lui-même. Si nous pouvons prouver que la loi du domicile n'a rien d'une disposition spéciale de conflit, qu'elle est une modalité du droit anglais « interne »; il n'y aura même pas lieu de parler de renvoi pour que la loi française s'applique : l'impératif français de l'article 3 exigera l'application directe de la loi anglaise du domicile : cette dernière ne désigne pas la loi française ; c'est la loi française elle-même qu'elle s'incorpore (1).

Il nous faut faire une dernière remarque sur l'arrêt Dutnall : la règle de l'article 3 est impérative, elle est un acte de souveraineté, mais l'arrêt ne dit pas qu'elle soit d'ordre public. C'est, à notre sens, trop dire que dire

un domicile en France depuis la loi du 10 août 1927 sur la Nationalité ? », *Clunet* 1928, p. 592.

(1) Cf. Conclusion.

« l'arrêt rejette le renvoi en indiquant justement le caractère impératif *et d'ordre public* que présente en tous pays le système de conflit de lois ». Nous citons ici la note de M. Perroud commentant l'arrêt au Clunet.

Entre une règle impérative et une règle d'ordre public, il y a une différence que l'arrêt semble avoir respectée et que soutiennent d'éminents auteurs (1). Il faut attendre la toute dernière jurisprudence pour trouver la règle de l'article 3 qualifiée de règle d'ordre public.

C'est précisément cet argument nouveau qu'utilise contre le renvoi, en matière de divorce, le tribunal des Basses-Pyrénées, fidèle à sa jurisprudence et à celle de la Cour de Pau qui en matière de successions mobilières a toujours écarté le renvoi (2).

Le tribunal est saisi d'une demande en divorce (3) par le sieur L..., Anglais domicilié en France et y demeurant depuis trente ans, et d'une demande reconventionnelle en séparation de corps par la dame L..., Belge de naissance et Anglaise par son mariage. Le mari base son action sur un abandon injustifié du domicile conjugal et offre en outre de faire la preuve de l'adultère de sa femme. Celle-ci demande la séparation de corps pour mauvais traitements, violences et blessures. Le demandeur soutient qu'en raison de son domicile en France seule la loi française doit être consultée pour décider si

(1) M. Julliot de la Morandière, *Cours de Doctorat*, Paris 1932-1933, « L'ordre public ».

(2) Cf. C. de Pau (1^{re} ch.), 11.6.1906, sur appel du Trib. Pau, 27.7.1905, *Revue Dr. Int. Privé* 1906, p. 765, Clunet 1907, p. 156, Knowles c/ Rigby, Clémentel.

(3) Trib. civ. Basses-Pyrénées (sect. Pau), 28.5.1930, *Revue Dr. Int. Privé* 1930, p. 690, Clunet 1931, p. 1092, L... c/ L...

les causes invoquées permettent de prononcer le divorce. Le tribunal juge que la loi anglaise étant seule applicable à l'espèce, « l'articulat de preuve offert par le sieur L... à l'appui de sa demande ne peut être accueilli que relativement aux faits qui tendent à établir l'adultère de sa femme ». Il décide, pour la même raison, que la femme invoquant des griefs prévus par la loi anglaise comme causes de séparation de corps (cruauté) « il convient d'ordonner l'enquête qu'elle sollicite » sur ces agissements. Le tribunal écarte l'application de la loi française parce qu'il écarte le renvoi en matière de divorce, avec des arguments nouveaux et spéciaux aux questions d'état. Il se mêle à ces arguments une appréciation assez curieuse du rôle de l'intention dans l'application de la loi de statut personnel. Avant d'étudier ces deux groupes d'attendus, nous ferons deux remarques :

1^o le jugement ne conteste à aucun moment l'existence d'un domicile en France où le demandeur est établi depuis trente ans ;

2^o il ajoute pleinement foi à l'existence d'une loi anglaise du domicile qu'il admettrait d'appliquer en matière de succession mobilière (conformément à la jurisprudence de cassation — 1910 (1) — postérieure à l'ancien jugement de Pau de 1906 déjà cité) : « attendu
« que la théorie du renvoi, telle que l'a admise la Cour
« de cassation dans les arrêts invoqués par le demandeur
« ne s'applique que dans des espèces concernant la
« matière des successions mobilières ou du régime matri-
« monial, qu'il en est autrement en matière de statut

(1) Affaire Soulié, précitée.

« personnel, capacité juridique, validité de mariage ou
« cause de divorce... »

Quel est donc ici l'argument contre l'application de la loi française ? Il y a domicile en France, il y a une loi anglaise du domicile, et le renvoi n'est pas repoussé d'une façon générale : l'argument principal qui subsiste est le refus du renvoi en matière de *statut personnel*, donc de divorce :

« Attendu, en effet, que les règles du statut personnel
« essentiellement d'ordre public ont ce caractère aussi
« bien dans le Droit interne que dans le Droit internatio-
« nal privé ; que le divorce entraîne pour les personnes
« désunies un changement d'état considérable ; que sa
« permission comme sa prohibition est étroitement atta-
« chée à une loi nationale ; qu'il est loin d'en être de
« même pour les règles de la dévolution successorale qui
« reposent principalement sur un intérêt (1) d'ordre patri-
« monial ; qu'on peut voir là la raison pour laquelle la
« Cour de cassation a admis en cette matière la possibi-
« lité du renvoi (1).

L'argument en vertu duquel le renvoi est refusé est nouveau : comme tel il échappe aux réfutations classiques. Il fait pour ainsi dire un recul pour mieux frapper car on peut le présenter sous la forme suivante : le caractère impératif des règles françaises de conflit de lois ne

(1) Le tribunal base la distinction, introduite entre succession mobilière et divorce quant au renvoi, sur les termes de l'arrêt de Cassation de 1910 qui admet le renvoi en matière successorale « ...que la loi française régit d'après ses propres vues des *intérêts* qui naissent sur son territoire » ; il attribue une intention à l'emploi du mot « *intérêts* » qui n'engloberait que des rapports juridiques *patrimoniaux*.

s'oppose pas en général à ce qu'elles soient appliquées avec pour modalité le renvoi. Mais en ce qui concerne spécialement la règle de conflit tirée de l'article 3, § 3, étant non seulement impérative mais d'ordre public, elle ne permet pas de faire intervenir le renvoi qui en fausserait la véritable portée. En réalité, comme l'écrit l'annotateur (1), c'est « une thèse inédite en matière de renvoi... une simple affirmation qu'aucun argument n'appuie et qu'aucune considération logique ne paraît pouvoir légitimer ». Enfin, la doctrine nouvelle du tribunal de Pau aboutit exactement au résultat inverse de la solution proposée par M. Labbé : en 1882, le savant professeur qui a donné l'argument classique contre le renvoi fondé sur le caractère impératif de la règle de conflit déterminée souverainement par chaque législation, écrivait cependant... (2) « En matière de divorce, nos tribunaux sont portés à consulter la loi nationale des époux. Que si cette loi nationale abandonne la solution du litige à la loi du domicile, nous appliquerions cette loi du domicile serait-ce la loi française, et cela en dépit de nos tendances propres ».

Le tribunal lui-même ne paraît d'ailleurs pas s'être contenté de ces arguments car il fait intervenir de façon assez inattendue un argument tiré de l'*intention* des parties : celles-ci, en allant se marier à Londres auraient eu

(1) M. Perroud : dans son commentaire de l'arrêt Dutnall précité, l'auteur écrit au contraire que le système de conflit de chaque pays est impératif et d'ordre public. Ce qu'il conteste dans la dernière décision, c'est non pas l'idée d'ordre public, mais l'idée que la règle française de conflit serait plus « obligatoire » en matière de statut personnel qu'en matière patrimoniale.

(2) Cf. note sous Req., 22.2.1882, Sirey 82.1.393 (Forgo).

l'intention de soumettre leur union au Droit anglais, intention renforcée par leurs déclarations au sujet du régime matrimonial : lorsque le mari invoque la loi française uniquement pour son divorce, le tribunal estime que c'est se référer à une loi nouvelle pour un « intérêt momentané » et que sa prétention doit être rejetée car « le statut personnel des individus ne peut varier suivant leur seule intention ».

Ces arguments nous semblent très discutables. Bien qu'ils ne visent pas la théorie du renvoi nous devons nous y arrêter parce qu'ils soulèvent des questions délicates que nous étudierons dans la suite.

Tout d'abord, le statut personnel peut dans une certaine mesure varier avec l'intention des parties : c'est ainsi que la naturalisation obtenue sans fraude amène du point de vue de la loi française de conflit un changement de statut : par exemple si deux époux changent de Nationalité, la jurisprudence applique à leur divorce ultérieur les conditions de leur loi nouvelle commune (1) : indirectement, l'intention agit sur le statut.

D'autre part la fraude à la loi, que le tribunal croit constater, ne nous semble pas caractérisée puisque le mari, qui a habité en France pendant vingt ans avant son mariage, et y habite depuis, peut fort bien invoquer comme loi de son domicile la loi française et non pas une loi dont ou lui prête le choix au *seul* moment de son mariage, l'autonomie de la volonté n'ayant pas d'effet direct sur le statut personnel.

(1) Ceci a précisément été jugé par le Trib. de Pau (28.5.1909, Sirey 1909.2.245, *Revue Dr. Int. Privé* 1910, p. 98) ; M. Martin (Aubry et Rau, V^e éd., t. 7, § 467 et note 14, pp. 412 et 413), soutient au contraire que la première loi commune reste seule applicable.

En réalité, le tribunal semble redouter la facilité que la loi du domicile lui paraît apporter au changement de statut personnel. L'acquisition d'un domicile en France aux termes du Droit français est certes plus facile qu'un changement de Nationalité et, le renvoi supposé admis, le changement de statut en faveur de la loi française est chose commode par le premier moyen. Seulement, et c'est peut-être à cela que le jugement fait allusion, la jurisprudence détermine d'ordinaire le domicile selon sa définition dans la législation *qui renvoie* : et nous retrouvons en Droit anglais des exigences qu'ignore le Droit français pour le changement de domicile : il faut, en plus de l'habitat nouveau, l'intention de renoncer définitivement au domicile d'origine et à sa loi. Ainsi en Droit anglais c'est l'intention de changer de statut qui est nécessaire comme élément principal du changement de domicile (1). A condition de puiser la définition du domicile dans la loi anglaise, on peut dire que la loi du domicile rejoint la loi nationale dans le domaine de l'intention : le domicile, ainsi apprécié, a une fixité très comparable à la Nationalité. Son fondement rationnel et psychologique s'en rapproche beaucoup. Aussi, l'argument contre le renvoi, tiré de la variabilité de la loi du domicile, perd beaucoup de sa valeur.

Tandis que le tribunal de Pau persiste à refuser le renvoi en matière de divorce pour des raisons spéciales au divorce, d'autres juridictions et spécialement le tribunal de la Seine l'accordent en se référant aux arrêts de cassation auxquels ils attribuent une portée générale.

Lorsque la difficulté relative au renvoi n'est pas soulevée par le défendeur, ces tribunaux ne la soulèvent

(1) Cf. *supra*, pp. 31 et suiv.

jamais d'office. Ils ne lui attribuent donc pas, comme l'ont fait la cour de Douai et le tribunal de Pau, un caractère d'ordre public. Couramment, dans des affaires où le renvoi à la loi du domicile n'est pas contesté, le tribunal de la Seine prononce le divorce entre sujets britanniques pour injures graves. Aussi il y a peu de décisions récentes rapportées dans les recueils quand elles concernent à titre principal le renvoi.

Nous citerons l'affaire Gardiner (1) jugée par défaut en 1928 par le tribunal de la Seine, où l'on trouve une adhésion implicite au renvoi.

La dame Gardiner, Anglaise de naissance, restée Anglaise aux yeux de la loi américaine, mais Américaine, depuis son mariage, aux yeux de la loi anglaise, demande le divorce en France pour abandon, et réclame l'application de la loi française. Le tribunal se déclare compétent et décide que la loi française est compétente parce que la demanderesse est héimathos et a acquis en France un domicile incontestable.

Le tribunal ajoute que si même la demanderesse est Américaine, la loi française est encore seule compétente en vertu de la loi américaine du domicile : en effet, la jurisprudence américaine décide que le domicile légal de la femme abandonnée est le domicile *séparé* qu'elle acquiert lors de l'abandon, et que c'est celui-là seul qui détermine la loi applicable et le juge compétent.

Dans le cas présent, l'intervention du renvoi n'était pas indispensable. Il est cependant admis implicitement, et cette espèce confirme la jurisprudence déjà citée, car le raisonnement juridique est absolument le même que

(1) Trib. civ. Seine (4^e ch.) 31.3.1928, *Revue Dr. Int. Privé* 1930, p. 450, *Clunet* 1931, p. 1020, dame Gardiner c/ son mari.

pour des sujets britanniques. On y trouve en outre une confirmation de la tendance déjà signalée qu'ont les juges français de demander à la loi *qui renvoie* la définition du domicile.

C'est, parmi les décisions récentes, un jugement du tribunal de Marseille (1), rendu en 1931, qui contient l'adhésion la plus nette à la théorie du renvoi en matière de divorce (2). Le tribunal prononce le divorce entre les époux Sedgwick, Anglais domiciliés en France, à la requête de la femme, pour injures graves. Contrairement à la pratique signalée ci-dessus de ne pas soulever d'office la question du renvoi, il est dit au jugement : « Attendu « que, bien que la difficulté n'ait pas été soulevée par le « mari défendeur, le tribunal tient à examiner d'office « s'il est bien compétent pour juger les plaideurs et si, « vis-à-vis de sujets anglais, il peut prononcer le divorce « entre eux pour injures graves bien que ce ne soit pas, « d'après la loi anglaise, motif suffisant de rupture du « lien conjugal. »

Et le jugement conclut à l'affirmative en s'appuyant sur les décisions qui appliquent « la loi anglaise dans son expression la plus large », notamment le jugement O. c/ M. commenté ci-dessus (3), ainsi que sur la formule très générale des arrêts de cassation de 1878, 1882 et 1910.

(1) Trib. civ. Marseille, 21.10.1931, *Revue Dr. Int. Privé* 1933, p. 630, *Gaz. Pal.* 1931.2.1918, Sedgwick c/ Sedgwick.

(2) Dans le même sens, le Trib. de Fontainebleau prononçait le 24.6.1932, la *recevabilité* d'une demande en divorce, pour sévices et injures graves, par renvoi à la loi du domicile de la loi nationale (de New-Jersey), qui est aussi restrictive que la loi anglaise de 1857 (Dyer c/ Dyer, *Clunet* 1933, p. 666).

(3) Cf. *supra*, p. 178.

Réserve faite des décisions rendues dans les ressorts des cours d'appel de Douai et de Pau, on peut donc dire que la tendance récente de nos tribunaux a été d'admettre le renvoi à la loi française en matière de divorce d'époux anglais domiciliés en France.

La même tendance apparaît dans la jurisprudence étrangère en Suisse (1), puis en Belgique (2) et en Allemagne (3) soit par référence pure et simple à la loi anglaise du domicile (Suisse) soit par adhésion expresse au renvoi (Belgique) et seulement si le renvoi est fait à la loi nationale (Allemagne).

Cependant la controverse est loin d'être terminée même en jurisprudence : en effet, en mars 1933, la VI^e chambre de la Cour d'appel de Paris a infirmé un jugement du tribunal de la Seine qui, adoptant le renvoi, avait prononcé le divorce pour injures graves entre époux anglais domiciliés en France. Dans cette affaire *Stewart c/ Stewart et Niorthé* (4), la Cour adoptant les conclusions de M. le substitut Laronze, refuse d'appliquer par renvoi une autre loi que la loi nationale parce que « l'application « de la loi étrangère doit être considérée comme légale-
« ment obligatoire ; qu'il en serait ainsi même si l'étran-
« ger avait renoncé à sa loi nationale ; qu'en effet on

(1) Cf. *Clunet* 1914, p. 1030 (époux Albert), p. 1034 (époux Coltmann), p. 1381 (Bound c/ Bound) ; le premier jugement s'appuie sur l'art. 56 de la loi Fédérale du 27.12.1874, tandis que les suivants ne font que suivre la loi anglaise jusqu'au bout.

(2) Cf. *Clunet* 1930, p. 467 (Trib. civ. Bruxelles, 12^e ch., 4.5.1928).

(3) Cf. *Clunet* 1932, p. 756 (C. appel Kiel, 24.1.1931 : article 27 E. G. du B. G. B.).

(4) Cf. C. ap. Paris, VI^e ch., 1.3.1933, *Revue Dr. Int. Privé* 1933, p. 632, *Gaz. Pal.*, n^o 6 (juin 1933), p. 884, *Stewart c/ Stewart et Niorthé*.

« ne saurait l'admettre à invoquer ou repousser à son gré ladite loi ».

L'arrêt n'a pas été déféré en cassation et il n'y a pas à l'heure actuelle de nouvel arrêt de la Cour de Paris reproduisant cette doctrine, isolée tout au moins en jurisprudence. Ce que nous avons dit plus haut de l'intention et de son rôle relativement au statut peut à nouveau lui être opposé.

En abordant l'application jurisprudentielle du renvoi aux causes de divorce, entre époux anglais, nous énumérons quatre difficultés qu'elle soulève : Le renvoi doit-il être admis en général ? S'il l'est en général, doit-il l'être en matière de divorce ? Y a-t-il en Droit anglais une véritable loi du domicile qui permette alors de l'appliquer aux Anglais en France ? Quelle loi sera consultée pour donner la définition du domicile requis ?

Nous avons précisément relevé dans la jurisprudence que nous venons d'examiner des réponses ou des aperçus de réponses sur ces différents points. Ce sont ces résultats que nous allons maintenant résumer brièvement, en cherchant seulement à préciser les conditions pratiques de mise en œuvre du renvoi s'il est admis en principe. C'est dire que nous n'entendons ni faire un exposé de la loi anglaise du domicile, ni rechercher la règle de conflit applicable au domicile, ni aborder de front les arguments *généraux* du renvoi.

b) *Observations sur le renvoi en matière de divorce.* — Sur le renvoi en matière de divorce il n'y a pas, nous l'avons vu, de solution définitive aujourd'hui en jurisprudence.

A part l'argument isolé tiré du caractère d'ordre public qu'aurait l'article 3, § 3, les arguments contre le renvoi

ou pour le renvoi s'appuient tous sur des considérations communes aux différentes règles de conflit. Puisqu'il ne s'agit ici que de divorce, il n'y a pas lieu de les reprendre. Passant aux conditions de mise en œuvre du renvoi, nous parlerons d'abord de la loi anglaise du domicile, car s'il fallait nier son existence il serait inutile de rechercher les conditions d'existence d'un domicile en France, second rouage du fonctionnement du renvoi.

α) *Loi anglaise du domicile en matière de divorce.* — Il y a en Droit anglais une disposition constante qui désigne, pour gouverner les conditions du divorce, la législation en vigueur au lieu du domicile des époux.

Cette disposition est jurisprudentielle, ce qui, loin de diminuer son autorité, en fait un principe fondamental parce que, en Droit anglais, une décision judiciaire reprise, suivie et confirmée par d'autres décisions forme un monument juridique qui vaut à la fois doctrine jurisprudence et législation (1). Et, lorsque devant un juge nouveau la même question de droit se présentera à nouveau, le juge se déclarera « lié » par la doctrine des arrêts précédents (2). L'objection relevée plus haut dans la jurisprudence française n'est donc pas sérieuse.

D'ailleurs, le faisceau d'arrêts dont la doctrine constante constitue la « loi du domicile » ne concerne pas seulement le conflit *international* de Lois : d'abord la solution du conflit de Lois va d'ordinaire en Droit anglais de pair avec la solution de compétence judiciaire. Ensuite le conflit que la notion de domicile est appelée à résoudre n'est pas seulement international : la loi du domi-

(1) Cf. Thèse A. Marion, précitée, pp. 25 et 26.

(2) *Ibid.*, p. 112

cile tranche les conflits entre lois locales dans la métropole, entre loi anglaise et loi coloniale, entre loi anglaise ou coloniale et étrangère. On passe insensiblement de la notion de conflit interne à celle de conflit colonial et de celle de conflit colonial et à celle de conflit international. Si bien qu'il n'y a guère en Droit anglais un droit international privé distinct et autonome. Et ceci rend, nous l'avons dit, très discutable le refus du renvoi (basé sur l'idée qu'il faut s'attacher exclusivement au Droit étranger interne) quand ce droit est le Droit anglais.

De même, puisque la notion de domicile détermine à la fois la compétence judiciaire et la compétence législative, le juge anglais, quand il apprécie la validité d'une décision étrangère, recherche en même temps si les deux compétences ont été respectées et ne sépare pas les problèmes. Le premier commande le second (1).

Le principe résulte de nombreux arrêts que nous ne pouvons songer à citer ici, dont Dicey a tiré ses articles relatifs au conflit de lois en matière de divorce :

Après avoir placé le divorce parmi les institutions gouvernées par la loi du domicile (art. 21) (2), Dicey pose le principe de compétence du tribunal du domicile, quelle que soit la résidence des époux (art. 46) (3) qu'il s'agisse d'une demande en Angleterre (A), ou à l'étranger (B). Sauf (4) collusion ou fraude, ou procédure contraire à la justice naturelle. Dicey ajoutait une autre exception que la doctrine définitive a repoussée et qui n'était qu'une

(1) Cf. *supra*, *Compétence Judiciaire*, pp. 142 et suiv. Les arrêts cités valent donc par la compétence législative.

(2) Cf. Dicey, *The Law of Domicil*, 1879, p. 153.

(3) Cf. *ibid.*, pp. 225, 228 (A), 233 (B).

(4) Cf. *ibid.*, pp. 238, 239.

tendance à l'époque où il écrivait : certains juges refusaient d'admettre la validité d'un divorce prononcé entre Anglais, à l'étranger, pour des causes non admises en Droit anglais (1).

Le résumé que Dicey fait ainsi de la jurisprudence anglaise ne paraît concerner que la compétence *judiciaire*. Il donne en réalité la solution de *conflit de lois*, mais implicitement, parce que, en Droit anglais, le domicile gouverne les deux problèmes et que la solution de conflit de lois procède de la règle de compétence judiciaire. Processus qui est vrai théoriquement, et aussi historiquement car c'est dans des arrêts plus récents que nous trouvons nettement formulée la doctrine anglaise attribuant compétence à la loi du domicile pour décider du divorce entre Anglais :

Dans l'affaire Bater c/ Bater (2), arrêt de principe, le juge s'exprime comme il suit :

« Je suis d'avis, moi-même qu'il est maintenant devenu
« certain en Droit... que si notre pays reconnaît le droit
« d'un tribunal étranger de dissoudre le mariage de deux
« personnes qui au moment de l'arrêt étaient domiciliées
« dans le pays étranger, il faut reconnaître également
« que leur mariage peut être dissous en vertu de la loi de
« ce pays étranger, bien que cette loi permette la disso-
« lution du mariage pour une cause *moindre* que celle
« qui serait nécessaire pour une dissolution en Angle-
« terre. »

(1) Cf. une analyse précise et méthodique de la jurisprudence ancienne et récente dans l'ouvrage de MM. Burgin & Fletcher, *The Student's Conflict of Laws*, Londres 1928 ; cf. *supra* : Compétence judiciaire, p. 143 note 2.

(2) Court of App., 30.3.1906, 94 L. T. R. 835, 1906 P. 209, *Revue Dr. Int. Privé* 1908, p. 966, Clunet 1907, p. 173, Bater c/ Bater.

Outre l'affaire Bater, nous citerons seulement deux décisions anglaises très récentes qui suivent sa doctrine :

Dans l'affaire *Pastre c/ Pastre* (1), en 1929, le juge Hill déclare valable la conversion en divorce en France d'une séparation prononcée en Angleterre vingt-six ans auparavant : « Le divorce français a été prononcé pour des motifs qui ne seraient pas valables dans ce pays : la séparation antérieure de plus de trois ans. Mais il y a là un jugement d'un tribunal compétent dans une affaire où la femme a joué un rôle actif. Il s'ensuit que les parties n'ont plus la qualité d'époux. »

De même, dans l'affaire *Vardy c/ Smith* (2), en 1932, les juges d'appel confirment un jugement de la « Divorce Division » qui admettait la validité d'un jugement français de divorce, entre époux Anglais domiciliés en France, prononcée sur des causes françaises de divorce :

« ...Le vrai principe est probablement qu'une fois le domicile établi un tribunal étranger est tenu d'accepter et de respecter la décision du tribunal du domicile sur toutes les questions de sa compétence. » (Lord Merivale) (3).

(1) Div. Division, 19.12.1929, 142 L. T. R. 490, Clunet 1930, p. 1084 ; la conversion avait été prononcée en France : Cass. req., 13.11.1928 (confirmant un arrêt de Paris du 7.4.1927), *Revue Dr. Int. Privé* 1929, p. 287, Clunet 1929, p. 426 ; la séparation judiciaire avait été prononcée le 1.3.1909 par la Divorce Division, *Pastre c/ Pastre*.

(2) Court of App., nov. 1932, 148 L. T. R. 124, Clunet 1933, p. 407, *Vardopulo dit Vardy c/ Smith*.

(3) Nous citons ici non l'arrêt d'appel *Vardy c/ Smith*, mais un précédent qu'il invoque.

Le jugement de 1^{re} instance dans l'affaire *Bater c/ Bater* se référait comme précédent, à un arrêt de la Chambre des Lords (*Hawey c/ Farnia*), où il était affirmé qu'un tribunal anglais doit reconnaître

L'existence d'une loi anglaise du domicile fixant en matière de divorce la compétence législative (et judiciaire) nous paraît ainsi bien établie. Passant à la seconde condition de fonctionnement du renvoi, nous rechercherons quel domicile est exigé et à quelle loi il faut en demander la définition.

β) *Loi applicable à la détermination du domicile.* — La question a été longuement étudiée dans l'ouvrage déjà cité de M. Levasseur sur la détermination du domicile. L'auteur observe que le *renvoi* est une des premières matières à propos desquelles la jurisprudence a vu se présenter le conflit de lois sur la détermination du domicile : dans l'affaire *Forgo*, le juge français refuse d'abord d'appliquer la loi française parce qu'elle n'est pas la loi du domicile du *de cuius*, puis l'applique par renvoi de la loi bavaroise, précisément en cette qualité de loi du domicile. Cette contradiction apparente s'efface si l'on observe que dans le premier cas le juge définit le domicile selon la loi française et dans le second le définit selon la loi qui renvoie (1). (Il y a là un problème préalable, non de qualification du domicile, mais de conflit de lois quant à la manière de définir le domicile).

un divorce prononcé en pays de chrétienté par un tribunal compétent sans qu'il y ait eu accord ou fraude des parties, même si les causes de divorce admises par ce tribunal n'étaient pas valables au regard de la loi anglaise.

Dans l'arrêt d'appel *Bater c/ Bater*, Lord Collins, se référant à un précédent, cite une justification de la loi du domicile inspirée de la morale sociale « Il est juste et raisonnable de soumettre les gens mariés à la loi de la communauté au milieu de laquelle ils ont leur domicile pour éviter le scandale de voir les mêmes individus considérés ici comme mari et femme, et là comme étrangers ».

(1) Thèse Levasseur, pp. 35 et 36, cf. *supra*, pp. 35 et suiv.

Et M. Levasseur, de toute la jurisprudence prononçant le renvoi à la loi du domicile, dégage une tendance générale de définir le domicile, quand il y a renvoi, selon la loi qui renvoie : la plupart des décisions définissent le domicile exclusivement selon la loi qui renvoie. Quelques-unes, pour admettre un domicile en France consultent la loi *qui* renvoie et la loi *de* renvoi. Rares sont les décisions qui, tel l'arrêt de Paris du 12 avril 1929, exigent un domicile conforme à la seule notion française (1). Ce dernier arrêt serait un revirement. Plus loin, recherchant un critérium général et théorique qui fournisse une règle de conflit sur la détermination du domicile, l'auteur écrit : « c'est la loi qui a déterminé l'effet du domicile qui seule doit en déterminer le lieu » (2).

Ayant ainsi résumé la solution doctrinale et jurisprudentielle qui nous paraît la meilleure à la question générale de définition du domicile, nous devons à notre tour préciser la manière dont les solutions spéciales franco-

(1) *Ibid.*, pp. 36 et 37, arrêts et jugements cités.

(2) *Ibid.*, p. 94 ; nous ne pouvons citer ici que la formule terminale d'une longue recherche dont les conclusions sont très développées. Comme il a été dit plus haut (page 35), il est, à notre avis, inexact de parler ici de conflit de qualification : qualifier, c'est placer une espèce dans un genre, rattacher une institution à un groupe d'institutions ; ici au contraire il y a doute sur le *contenu* de la notion de domicile, et le problème consiste seulement à savoir quelle loi en fournira la définition. Cf. la note de M. Raphaël Rougier au *Clunet* 1910, pp. 1261 et s. sous un arrêt de la Chancery Division (succession James), qui est à l'opposé. M. Rougier, s'agissant de faire admettre par un juge anglais un jugement français consacrant le renvoi, pense que la manière dont le juge français aura apprécié le domicile se heurtant à la qualification anglaise, le juge anglais n'admettra pas le jugement français. En réalité, le juge anglais suivra sans hésiter la définition fournie au juge français par sa règle de conflit.

anglaises de divorce prennent place dans le principe général. C'est à cet effet que nous avons, dans l'étude de la jurisprudence rendue sur le renvoi, relevé les attendus concernant le domicile : si l'on veut bien s'y reporter (1) on constatera que pas une d'entre les décisions citées ne pose et ne tranche nettement la question de la loi applicable à la détermination du domicile. A vrai dire il ne serait même pas nécessaire d'y trouver la réponse à cette question générale ; il faudrait seulement qu'il y fût dit : en telle hypothèse le domicile est ou n'est pas en France parce que la loi française, ou au contraire la loi anglaise, seule applicable, conclut ou ne conclut pas à un domicile en France dans les circonstances de la cause. Or nous ne trouvons même pas cette formule ; parfois même il n'est rien dit.

La difficulté relative au domicile n'est même pas mentionnée (affaire Grivot de Grandcourt). Le juge déclare simplement qu'il y a un domicile en France et qu'il n'y en a pas en Angleterre (affaire O... c/ M...), sans dire pourquoi il n'y en a pas en Angleterre (même affaire) ou même sans dire qu'il n'y en a pas en Angleterre (affaire Sandberg). Plus récemment (affaire Dutnall) le juge fait incidemment observer que pour le renvoi il faudrait en tous cas un domicile légal ou au moins un domicile de fait, sans dire que par cette alternative il fait allusion à deux législations en conflit, ce qui est d'ailleurs douteux. Puis c'est l'affaire L... c/ L... où l'existence d'un domicile en France n'est pas contestée (habitat depuis 30 ans) mais où apparaît la préoccupation du tribunal d'éclaircir l'intention implicite des parties de garder leur statut personnel : là, il est possible que le tribu-

(1) Cf. pp. 177 et suiv.

nal ait aperçu le rôle que cette intention (primordiale en Droit anglais pour la conservation du domicile) aurait peut-être à jouer. Mais la question de conflit n'est pas résolue, ni même posée. Enfin, ni dans l'affaire Sedgwick, ni dans l'affaire Stewart, où l'existence d'un domicile n'est pas contestée au jugement, ses conditions d'existence ne sont précisées. Il reste l'affaire Gardiner qui, du point de vue qui nous intéresse ici (1), est franco-américaine. Mais nous avons dit qu'on peut la consulter au même titre qu'une espèce franco-anglaise. Là, la tendance d'apprécier selon la loi qui renvoie l'existence d'un domicile est bien affirmée ; si la dame Gardiner est Américaine, elle a bien un domicile en France, car la loi américaine prévoit que la femme abandonnée acquiert un domicile séparé, en vue du divorce, au lieu où elle se réfugie.

Le jugement, malheureusement, marque une tendance, sans faire jurisprudence car la solution du conflit de lois sur le domicile y est indiquée de façon très subsidiaire.

En résumé, dans les décisions spéciales de divorce entre Anglais, nous ne trouvons pas la désignation claire de la loi anglaise pour définir le domicile. Aucune des décisions rendues en matière de divorce n'offre donc la précision que l'on trouve dans celles intervenues en matière de succession mobilière (2). C'est à ces dernières

(1) On se souvient que le juge eut, en outre, à se demander si la demanderesse était Anglaise ou Américaine.

(2) Parmi toutes celles que cite M. Levasseur, dans sa thèse, pp. 36 et 37, nous en relevons une, très récente, où il est dit qu'il faut « rechercher ce que la loi qui prononce le renvoi entend par domicile », Clunet 1928, p. 1022, Raphaël et Hoirs Warburg). La formule est aussi claire que possible.

qu'il faut demander la tendance générale de la jurisprudence : quand il y a renvoi à la loi du domicile, c'est dans la législation qui renvoie que sera puisée la définition du domicile.

Nous faisons deux réserves à cette conclusion :

Spécialement en matière de divorce, cette imprécision que nous avons relevée donne lieu de croire que nos juridictions seraient moins sévères que pour la loi successorale : il semble qu'elles aient tendance à se contenter d'un domicile sérieux et prolongé sans donner toute sa portée à la notion anglaise d'intention.

Plus généralement, il ne faut pas perdre de vue qu'à propos de la succession mobilière un revirement s'est fait, dans la très récente affaire (Marchi della Costa c/ de Bagneux) jugée par la Cour de Paris en 1929. (1), signalée plus haut. Abordant de front le problème de conflit de lois en matière de domicile, à l'occasion du renvoi, la Cour décide que « le domicile qui pouvait seul « mettre obstacle à l'application de la loi nationale du « *de cujus* devait, du moins jusqu'à l'intervention de la « loi du 27 août 1927 qui a supprimé l'admission à domicile par décret, s'entendre exclusivement du domicile « autorisé par le gouvernement... ».

Seule la loi française est ici consultée pour la définition du domicile. M. Niboyet, dans la note sous l'arrêt cité, commente ce revirement en le rapprochant de la tendance moderne législative de faire, dans chaque pays, du domicile, une question avant tout de Droit public ; ce qui fait que sa définition appartient à la *lex fori* : résultat

(1) C. de Paris, 12.4.1929, Clunet 1930, p. 405, Sirey 1930.2, p. 129 avec note de M. Niboyet ; précité p. 34.

identique à la solution suivie pour la Nationalité. N'est-il pas d'ailleurs une « demi-nationalité » (1).

Conclusion. — Il est, en définitive, impossible, en l'état actuel de la jurisprudence, de dire, si dans l'avenir, un citoyen Britannique pourra obtenir le divorce en France selon la loi française.

Il ne nous semble pas cependant qu'il serait facile de faire triompher en notre matière le refus du renvoi, la Cour de cassation étant attachée, et pour des motifs très généraux, à son admission. Il est vrai que, depuis l'arrêt de la Cour de Paris rendu en 1933 (affaire Stewart c/ Stewart et Niorthe précitée), les Cours de Pau et de Douai ne sont plus les seules à refuser le renvoi. Disons qu'il y a un mouvement dans ce dernier sens, mais que la jurisprudence de cassation n'est pas à la veille de changer.

Une doctrine ferme sur le conflit de lois quant à la détermination du domicile, à l'occasion du renvoi, ne s'est pas non plus formée dans la jurisprudence. Néanmoins, ici, la tendance récente (affaire Marchi della Costa) est *indirectement* en faveur du renvoi. Si le principe, qui veut que la loi française, *lex fori*, détermine seule le domicile parce qu'il est une demi-nationalité et comme tel matière de droit public, triomphe en jurisprudence, alors le sujet Anglais qui plaidera en France en divorce prouvera plus facilement qu'il a acquis un domicile en France et obtiendra plus souvent l'application de la loi française (2).

(1) Note précitée, cf. *supra*, pp. 36 et 37.

(2) Cf. *supra*, pp. 31 et suiv., ce qui est dit de la définition anglaise du domicile et de la difficulté d'acquérir un domicile nouveau.

Une dernière remarque s'impose au sujet du renvoi. Chaque fois que l'application de la loi française a été, de ce chef, revendiquée pour les causes de divorce, le motif invoqué en pratique était l'injure grave.

Il y a à cela deux raisons pratiques :

D'abord l'imprécision de cette notion, dont la preuve est plus facile que celle d'autres causes de divorce puisqu'il peut y avoir injure grave par la combinaison de fautes disparates et non « nommées ».

Ensuite, le caractère de l'injure grave en Droit français qui est beaucoup plus large que la notion anglaise correspondante : l'époux Anglais qui fait, pour son divorce, triompher l'application de la loi française peut utiliser toute une catégorie de griefs que la loi anglaise n'admet pas : les offenses qui n'atteignent le conjoint qu'indirectement et que nous avons appelées offenses contre la société (1).

Mais rien n'empêcherait, le renvoi à la loi française supposé admis, de demander le divorce pour excès et sévices ou condamnation à une peine afflictive et infamante. Il y a seulement lieu d'observer, pour cette dernière cause de divorce, qu'elle doit avoir été prononcée par une juridiction française, d'ailleurs quelconque, mais qu'une condamnation étrangère ne pourrait être prise en considération par un juge français en vue du divorce, à moins qu'elle ne constitue, à ses yeux, une injure grave. Et, même dans ce dernier cas, l'effet de la condamnation étrangère reste moindre que celui d'une condamnation prononcée en France, puisqu'elle n'est

(1) Cf. *supra*, p. 100.

pas, comme cette dernière, une cause péremptoire de divorce (1).

Si la condamnation prononcée à l'étranger est, dans une certaine mesure, prise en considération en France en vue du divorce, il en serait à notre avis tout autrement d'une condamnation prononcée en France lorsque, pour le juge saisi de la demande en divorce, la loi nationale anglaise des parties est seule applicable à ses causes.

La question qui se pose dans ce dernier cas et la suivante : Le juge français, saisi d'une demande en divorce basée sur l'existence d'une condamnation à une peine afflictive et infamante prononcée en France, décide qu'entre époux britanniques seule la loi anglaise doit décider de l'admission de cette cause. Or la loi nationale ainsi consultée ignore cette cause de divorce et refuse plus généralement tout effet aux fautes qui ne sont pas des « offenses matrimoniales ». L'application stricte de la règle française de conflit amène ainsi à enlever à la loi pénale française une de ses conséquences civiles : le droit au divorce pour le conjoint du condamné ! Résultat qui heurterait l'article 3 § 1^{er} : « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. »

Il s'agit donc de décider si la loi nationale doit s'appliquer malgré ce texte, ou si l'application intégrale en France des dispositions pénales françaises exige que le divorce soit prononcé dans notre hypothèse, nonobstant

(1) Planiol et Ripert, *Traité Pratique*, tome 2, p. 421 : « Une condamnation criminelle étrangère pourrait seulement être retenue comme établissant un fait d'injure grave. » Nous n'avons pas trouvé de décision statuant sur une demande en divorce basée sur l'injure grave ainsi caractérisée. Cf. également Demolombe, *Traité du Divorce*, 1896, n° 43, p. 45.

la loi nationale. Le choix à faire entre le § 1^{er} et le § 3 de l'article 3 dépend de la *qualification* à donner à la disposition qui fait de la condamnation une cause de divorce : article 232 du C. civ. : « La condamnation de « l'un des époux à une peine afflictive et infamante sera « pour l'autre époux une cause de divorce. »

Or, bien que le conjoint ait un droit absolu au divorce, et qu'il y ait là en effet une application de la loi pénale, l'article 232 n'est pas une disposition pénale.

Tout d'abord cette disposition n'est inscrite qu'au Code civil, ensuite elle donne une action civile et non publique, car seul l'époux du condamné peut l'intenter ; et même, comme le dit Demolombe (1), quand il l'intente, ce n'est pas « une action civile en réparation du dommage causé par le délit », l'époux n'est pas un tiers joignant son action civile à l'action publique « son droit « est tout autre... il n'est pas né du crime lui-même, « mais de la condamnation et de l'infamie légale qui y « est attachée ».

Et, plus loin (2), le même auteur, décidant, avec la jurisprudence, que si l'époux demandeur a lui-même subi une condamnation identique il sera débouté de sa demande en divorce basée sur l'article 232, nous fournit un autre argument en faveur du caractère civil de la disposition de l'article 232 :

Si la réciprocité dans la faute anéantit le droit du demandeur, c'est non par une fin de non recevoir qu'on ne trouve pas dans le texte, mais en raison du fondement même du droit au divorce : il faut que le conjoint

(1) Cf. Demolombe, *loc. cit.*, n° 37, p. 43 (effet de l'amnistie).

(2) *Ibid.*, n° 44, p. 47.

ait subi par le crime de l'autre époux une honte et une flétrissure dont il ne pourrait se plaindre s'il était lui-même condamné.

Ayant ainsi achevé de passer en revue les différents griefs qu'un plaideur anglais peut invoquer pour obtenir le divorce devant les juridictions françaises, nous abordons l'étude des causes de séparation de corps qui peuvent être invoquées dans la même hypothèse.

SECTION III. — SOLUTION DE CONFLIT EN MATIÈRE DE SÉPARATION DE CORPS

Les demandes en séparation de corps, de la part de plaideurs anglais, sont assez peu fréquentes en pratique devant les tribunaux français. Il faut cependant en faire une étude spéciale puisque, dans la législation anglaise seule applicable en principe, les causes de séparation de corps sont différentes et plus nombreuses que les causes de divorce.

En outre, dans la mesure où un tribunal français aura à appliquer aux plaideurs anglais une loi de l'Empire Britannique qui n'admettrait que la séparation de corps, à l'exclusion du divorce, le seul remède possible à la mésentente entre époux prendra ici une importance considérable (1).

(1) Nous avons écarté de notre travail tout conflit franco-britannique de législation, qui ne se référerait pas du côté anglais à la loi anglaise stricto sensu avec le contenu qu'on lui reconnaît dans la juridiction de la Division des Divorces. Mais plusieurs possessions britanniques sont gouvernées par la même législation avec cette réserve que seule la séparation de corps est admise (cf. thèse Richard Prassinis, précitée, pp. 37, 40 et suiv.).

§ 1^{er}. — *Application de la loi anglaise*

Ainsi qu'il a été exposé plus haut (1), la loi anglaise admet trois causes de séparation judiciaire : l'*adultère*, la *cruauté*, l'*abandon de deux ans* (ou de durée moindre, mais ayant persisté après une ordonnance de *restitution de droits conjugaux*).

Conformément à notre règle de conflit qui désigne la loi nationale pour gouverner la séparation de corps, question d'Etat, c'est la loi anglaise, avec les causes de séparation énumérées, que le juge français appliquera.

Même pour la séparation de corps, ces causes sont plus restrictives que les causes du Droit français.

Aucune difficulté relative à l'ordre public ne semble donc devoir se poser.

L'adultère, sans circonstances aggravantes (2), prouvé selon les modes du Droit français, obligera le juge à prononcer la séparation de corps.

Il en sera de même de la cruauté, qui correspond assez exactement d'ailleurs à la notion française d'excès et sévices. Si la notion anglaise de cruauté est parfois très nuancée (cruauté interprétative), jamais elle ne fournit au demandeur plus de facilités pour obtenir la séparation de corps que ne le fait la notion jurisprudentielle française des excès et sévices combinée avec celle d'injure grave.

Sur l'effet de la condamnation à une peine afflictive et infamante, même prononcée en France, nous renvoyons

(1) Cf. *supra*, pp. 157 et suiv.

(2) Rappelons qu'en matière de séparation de corps, la femme demanderesse n'avait pas même avant l'Act de 1923 à faire la preuve d'autres fautes s'ajoutant à l'adultère ; cf. *supra*, p. 159.

à ce qui a été dit pour le divorce (1). Lorsque la loi anglaise est seule applicable, cette cause ne peut être invoquée parce qu'elle ne s'y trouve pas et parce que ce n'est pas une conséquence impérative et territoriale de la loi pénale française.

Quant à l'abandon de plus de deux ans, il n'est en Droit anglais une cause de séparation que s'il est volontaire et intentionnel ; si l'on considère en outre le temps qu'il doit avoir duré, il faut lui reconnaître des caractères beaucoup plus restrictifs que ceux de la notion française d'injure grave. Ici encore le respect de la notion française d'ordre public ne présente pas de difficulté.

Difficultés spéciales au cas d'abandon. — Mais il y a un abandon de courte durée qui est, en Droit anglais, assimilé à l'abandon de deux ans. C'est, nous l'avons dit plus haut, celui qui résulte de la désobéissance à une ordonnance de restitution de droits conjugaux (2).

Deux difficultés peuvent apparaître dans l'application en France de cette cause de séparation : d'abord l'absence d'une procédure analogue, en France, à la procédure anglaise de restitution de droits conjugaux ; ensuite, la facilité même de cette cause de séparation de corps, qui pourrait être considérée comme contraire à l'ordre public français.

(1) Cf. *supra*, pp. 206 et suiv.

(2) Cf. *supra*, p. 158 et « *Judicature (Consolidation) Act 1925* », article 185 ; cet *Act* « consolide » et incorpore les *Acts* précédents sur les causes matrimoniales, et notamment, pour l'abandon, l'*Act* de 1884, article 5, qui réalisait l'assimilation à l'abandon de deux ans. Cf. réf. *supra*, p. 158, note.

1° La difficulté de fond : insuffisance aux yeux du juge français du grief qui légitimerait en Droit anglais la séparation, n'existe qu'en apparence. Si en effet on se réfère aux conditions de fond que le juge anglais lui-même exige pour prononcer l'ordonnance de *Restitution* qui permet ensuite d'invoquer l'abandon, on constate que sa jurisprudence est tout aussi sévère, sur ce point, que la jurisprudence française lorsqu'elle admet l'abandon sous le nom d'injure grave :

Il faut une mise en demeure de reprendre la vie commune, écrite et non équivoque, sous forme de lettre missive (1) ; ensuite les preuves fournies à l'appui de la requête à fin d'ordonnance (2) doivent porter et sur l'existence de cette mise en demeure et sur le fait que les moyens et délais pour s'y conformer ont été raisonnablement ménagés, sans que le résultat ait été obtenu.

Il y a là, semble-t-il, de quoi satisfaire largement les tribunaux français : la pratique jurisprudentielle française décide en effet que l'abandon n'est pas en principe une cause de divorce ou de séparation puisque la loi ne le prévoit pas comme tel, mais qu'il doit, s'il est injustifié et intentionnel, être considéré comme une injure grave. C'est cette assimilation que la Cour Suprême a admise en principe (3), laissant aux juridictions inférieures (4) le soin de décider dans chaque cas si le fait d'abandon constitue bien une injure grave. Ces dernières sont partagées entre deux tendances : les unes présu-

(1) Cf. Stephen, *op. cit.*, trad. cit., vol. 1, p. 324.

(2) Contenues dans un « affidavit in support of the petition ». (Cf. Halsbury, vol. 16, *Husband & Wife*, n° 1018, p. 499).

(3) Cf. Cass. Req., 6.2.1860, D. 60.1.122.

(4) Cf. Cass. req., 19.1.1916, D. 1916.1.249.

ment une injure grave dès que l'abandon est prouvé, sauf preuve contraire. Les autres veulent la preuve et de l'abandon et de son caractère injurieux, exigence qui semble plus conforme à l'intention du législateur de retrancher en principe l'abandon des causes de séparation (1).

Même en tenant compte de cette dernière difficulté de preuve, pour laquelle le juge français suivra évidemment sa propre jurisprudence interne, il n'y a rien dans ces exigences qui dépasse celles du Droit anglais exposées plus haut : l'ordre public français ne s'opposera pas au prononcé d'une séparation de corps en vertu d'un abandon ainsi bien caractérisé, et même de courte durée (2).

2° Il reste la difficulté de procédure : comment en pratique l'abandon de moins de deux ans, admis en principe comme cause de séparation de corps, pourra-t-il être établi en France, puisqu'il n'a d'effet juridique qu'après avoir donné lieu à une procédure spécifiquement anglaise ?

Doit être écartée *ab initio* la solution qui consisterait à demander aux juges anglais l'ordonnance (decree) de restitution de droits conjugaux pour en faire état ensuite devant un tribunal français. Le tribunal anglais se déclarerait peut-être compétent (3) ; mais le tribunal français

(1) C'est l'opinion qu'on trouve exprimée au *Traité pratique* de Planiol & Ripert, tome 2 (M. Savatier), n° 503, p. 412 (1926), où le système de la jurisprudence sur l'abandon-injure grave est exposé.

(2) Quant à l'abandon *interprétatif* du Droit anglais, toute difficulté disparaît puisque c'est une autre catégorie d'injures (paroles outrageantes), qui y correspond directement en Droit français.

(3) En effet, pour les actions « matrimoniales » autres que le divorce et la nullité de mariage, le juge anglais se reconnaît compétent entre simples *résidents* domiciliés à l'étranger.

saisi ultérieurement de la demande en séparation ne manquerait pas de se déclarer incompétent pour cette question d'Etat, ayant la preuve qu'un tribunal étranger s'est reconnu compétent entre ces parties pour une question du même ordre (1).

Aussi, seule une décision française préalable permettrait d'invoquer ensuite l'abandon de courte durée en vue de la séparation de corps. Mais l'intervention du juge français se heurte à deux nouvelles objections.

L'Ordonnance de Restitution, si elle est une condition de fond de l'efficacité de l'abandon comme cause de séparation, est soumise à la loi nationale, et une procédure française ayant le même effet peut-elle s'y substituer ?

Cette objection supposée résolue, il faudra encore qu'il y ait moyen d'obtenir d'une juridiction française une décision dont le juge saisi ultérieurement de la demande en séparation se contentera.

Il nous semble en premier lieu que rien ne s'oppose à ce qu'une décision française soit substituée, en vue des mêmes effets, à une ordonnance de restitution anglaise, car la loi nationale ne gouverne que les règles de fond, et la *lex fori*, loi française, doit gouverner ce qui est ici l'obtention d'une preuve de l'abandon : la décision ordonnant d'y mettre un terme.

Nous considérons en effet que l'institution anglaise dite Restitution de droits conjugaux, dans la mesure où elle a sa fin en elle-même : reprise de la vie commune, est un *decisorium litis*, et dans la mesure où elle sert seulement à établir incontestablement l'abandon en

(1) Ce serait d'ailleurs à tort comme il est expliqué à la note ci-dessus, cf. également *supra*, pp. 144 et suiv.

vue de la séparation de corps, est un *ordinatorium litis*, règle de procédure soumise à la *lex fori* (1).

Mais quelle décision judiciaire française équivaldra, aux yeux du juge français saisi de la demande en séparation pour abandon, à l'Ordonnance de Restitution de droits conjugaux ?

Malgré son nom de « decree », et bien que rendue par un juge unique, la décision ordonnant la restitution de droits conjugaux est à n'en pas douter un jugement au même titre qu'une décision prononçant divorce ou séparation, qui prend également le nom de « decree » ; comme dans ce dernier cas, il intervient à la suite d'une demande « petition », reçue par le « registrar » de la cour de divorce (2). La décision n'est pas un droit pour l'époux victime de l'abandon (3). Il y a un examen approfondi des circonstances de l'abandon, avant que le jugement soit donné.

Aussi ne pensons-nous pas qu'une décision rendue en France, dans le même sens, par le président du tribunal statuant en référé serait considérée comme valable par le tribunal saisi ensuite de l'action en séparation. Le caractère urgent et provisoire d'une ordonnance de référé s'oppose en effet au caractère absolu du « decree » de restitution. Par contre il nous semble que la juridiction du Président du tribunal statuant par ordonnance sur requête doit être admise par le juge de la séparation de corps. Selon la tendance moderne de la doctrine, cette

(1) Cf. *supra*, p. 12, à propos des devoirs réciproques entre époux, le double rôle de la « Restitution of conjugal rights ».

(2) Cf. Halsbury, vol. 16, *Husband & Wife*, p. 499, n° 1018.

(3) Thèse Richard-Prassinou (Paris, 1928), citée *supra*, p. 58 ; cf. Jenks, *op. cit.*, trad. cit., tome II, p. 134, art. 1865, note a.

juridiction, bien qu'elle statue en général sans avoir convoqué ni entendu la partie adverse, est considérée comme non purement gracieuse mais comme exerçant un contrôle sinon contentieux tout au moins administratif : son rôle, comme le dit M. Morel, est de rendre des « actes d'administration judiciaire » (1). Et le même auteur cite la jurisprudence récente de cassation qui admet largement le recours contre ces décisions (2). Si nous ajoutons, avec l'auteur, que les cas où le président du tribunal peut statuer sur requête ne sont pas limités par les textes (3), il nous paraît que cette juridiction pourra valablement ordonner la restitution de droits conjugaux.

En pratique, vu le caractère inusité de la requête ainsi présentée, il sera indispensable d'y joindre, avec l'expédition de l'acte extra-judiciaire constatant le refus de cohabitation, un certificat de coutume établissant la loi anglaise qui rend nécessaire l'ordonnance demandée. Il va de soi que si le tribunal, et non le président, était seul compétent pour ordonner la « Restitution », la demande en séparation basée sur l'abandon de courte durée perdrait beaucoup de son utilité pratique, puisqu'il faut aujourd'hui un certain temps pour obtenir un jugement de première instance : l'abandon légal de deux ans serait vite acquis. Remarquons que le tribunal ne refuserait pas, lui-même, d'ordonner la reprise de la vie commune devant une demande largement motivée, qui exposerait

(1) Cf. Morel, *Traité Élémentaire de Procédure civile* (Sirey 1932), p. 271, n° 234.

(2) *Ibid.*, pp. 272, 273, n° 235.

(3) *Ibid.*, p. 269, n° 233.

que son but est non le recours à la force publique mais l'obtention d'un motif indiscutable de séparation de corps. Observons par ailleurs que, malgré des divergences dans la jurisprudence, le recours à la force publique n'a pas lui-même été refusé ni à la femme ni au mari par des décisions de principe (1).

Nous concluons que l'abandon, même de courte durée, peut être invoqué en France par des Anglais soumis à leur loi nationale, en vue de leur séparation de corps.

Mais il reste à examiner, comme pour le divorce, une seconde hypothèse générale, celle dans laquelle la loi française deviendrait applicable aux causes de séparation par application du renvoi.

§ 2. — *Le renvoi en matière de séparation de corps*

En théorie, l'intérêt qu'il y a à invoquer la loi française existe ; il est assez restreint : cela permettrait de bénéficier de la largeur de la notion d'injure grave, et d'invoquer l'existence d'une condamnation à une peine afflictive et infamante.

En pratique les demandes en séparation, très rares entre époux anglais en France, ne se réfèrent guère à la loi française par renvoi. Aussi, passerons-nous rapidement en revue les trois problèmes qui ont divisé notre étude du renvoi quant au divorce, en recherchant cette fois :

(1) Cf. Planiol et Ripert, *Manuel*, vol. 1, p. 311 et Planiol et Ripert, *Traité*, vol. 2, p. 294 ; Trib. civ. Quimper, 15.3.1905 (Sirey 1905.2.252), et C. Lyon, 14.5.1920 (Dalloz 1920.2.128).

si le renvoi doit être admis en principe en matière de séparation de corps ;

si la loi anglaise renvoie bien à la loi du domicile en matière de séparation ;

et enfin à quelle loi doit être demandée la définition du domicile.

a) *Admission ou refus du renvoi en principe.* — Pour décider de l'admission ou du refus du renvoi dans une instance en séparation de corps entre Anglais, les tribunaux français suivraient la même solution que celle adoptée en matière de divorce : En effet tous les arguments pour ou contre le renvoi en matière de divorce sont également pertinents en matière de séparation de corps : l'identité de causes entre les deux institutions, la communication constante que crée entre elles dans la pratique la conversion sous sa forme actuelle, tendent à unifier toujours davantage la pratique jurisprudentielle interne. Aussi doit-il en être de même en droit international et spécialement en matière de renvoi. Le tribunal français saisi se référerait donc à sa propre jurisprudence et à celle de la cour suprême en matière de divorce pour décider de l'admission ou du refus du renvoi en matière de séparation de corps.

Si cette analogie s'impose en vertu du Droit français interne lui-même, elle pourrait paraître discutable à considérer le Droit anglais qui ne connaît pas de conversion, et fait de la séparation et du divorce deux institutions non seulement distinctes mais aussi séparées. Et ce serait à tort, car le tribunal français ne tient compte que de la loi française pour admettre ou écarter le principe du renvoi : la décision qu'il prend s'inspire exclusivement

de la préoccupation d'appliquer et interpréter sainement la loi française de conflit (1).

b) *La loi anglaise renvoie-t-elle ?* — C'est au contraire la loi anglaise seule que nous devons consulter pour résoudre la seconde question : le renvoi supposé admis en théorie, la loi anglaise renvoie-t-elle réellement en matière de séparation de corps à la loi du domicile ? Ce qui est vrai du divorce ne l'est pas forcément de la séparation de corps puisqu'il existe en Droit anglais une différence profonde entre les deux remèdes.

Nous avons précisément expliqué à propos du conflit de juridiction qu'il existe pour la séparation de corps une règle spéciale de conflit : le principe de compétence n'est plus le domicile mais la résidence. Il n'y a pas lieu d'y revenir car le principe vaut pour le conflit de lois comme pour le conflit de juridiction auquel nous renvoyons (2).

c) *Loi applicable à la définition du domicile ou de la résidence.* — Le renvoi en matière de séparation de corps soulèvera enfin la question de la loi applicable au critérium de compétence fourni par la *loi de renvoi*. Loi applicable au domicile ou loi applicable à la résidence, c'est évidemment encore la loi anglaise comme pour le renvoi en matière de divorce : le domicile ou la rési-

(1) Au surplus, l'objection au renvoi qui est spéciale aux questions d'Etat, à savoir que l'art. 3 § 3 est plus impératif (cf. *supra* p. 189) que les autres règles de conflit pour lesquelles la Cour de cassation admet le renvoi, est affaiblie plutôt qu'aggravée par la nature juridique de la séparation du Droit anglais : elle intéresse autant les règles de police et de sécurité que l'Etat (qui n'est pas affecté par la séparation).

(2) Cf. *supra*, pp. 144 et suiv.

dence justifiant le renvoi à la loi française en matière de séparation, c'est le domicile ou la résidence tels que les définit la loi qui en a « déterminé l'effet » (1), la loi anglaise par conséquent.

Dans l'étude des conditions de fond du divorce et de la séparation de corps des Anglais, en France, il n'y a pas lieu d'étudier, après les causes invoquées dans la demande, la défense à l'action non plus que la demande reconventionnelle :

La défense ordinaire par preuve contraire s'exerce dans les faits, et l'administration des preuves se fera selon la loi française, *lex fori*.

Quant à la demande reconventionnelle c'est une forme de procédure utilisable comme telle en France par tous les plaideurs même étrangers (2). D'autre part, ses règles de fond sont celles déjà exposées pour l'action originale puisque l'une et l'autre sont des actions principales : il n'y a rien à y ajouter.

Il n'en est pas de même des fins de non recevoir, qui ont, en France comme en Angleterre, une réglementation propre, en harmonie avec celle des causes de divorce et de séparation de corps. Un développement spécial doit donc leur être consacré.

(1) Cf. *supra*, pp. 34 et suiv. et pp. 200 et suiv.

(2) Notamment Anglais : cf. C. Paris, 13.1933, *Revue Dr. Int. Privé* 1933, p. 632, *Gaz. Pal.* 1933.1884, Stewart c/ Stewart & Niorthe. Dans cette affaire, précisément, la loi française fut, pour le *fond*, formellement écartée par refus du renvoi. Cf. *supra*, p. 194.

CHAPITRE II

Fins de non recevoir

Bien qu'elles fassent écarter la demande sans contredire aux faits invoqués dans celle-ci, les fins de non recevoir sont « de véritables défenses » (1) quand elles s'appuient sur des articulations de faits concernant le fond du droit, auxquelles la loi attribue limitativement une valeur particulière. Dans ce cas, elles suivent, en conflit de lois, la loi applicable au fond du litige. Dans notre hypothèse, donc, les fins de non recevoir spéciales au divorce et à la séparation de corps seront en principe celles de la loi anglaise qui est normalement applicable aux causes ; et celles de la loi française n'interviendront que par renvoi (2).

D'autre part, ce qui a été dit du caractère d'ordre public du divorce et de la séparation de corps en France (3) s'applique ici : la loi française ne s'imposerait

(1) Garsonnet, *Traité théorique et pratique de Procédure*, 3^e éd., 1912, tome 1^{er}, p. 709, n° 452-III.

(2) Il n'y a pas lieu d'étudier ici les fins de non recevoir générales du Droit anglais (qui correspondent à celles qui sont fondées en France sur la prescription, la chose jugée ou la péremption d'instance, etc...), la *lex fori* s'appliquant seule.

(3) Cf. *supra*, pp. 173 et s., et Martin, *Principes*, t. 2, p. 302, § 314.

à ce titre que si la loi anglaise par sa réglementation des fins de non recevoir se révélait plus favorable que notre Droit au divorce ou à la séparation. Nous verrons que sur ce point encore, la loi anglaise est au contraire la plus restrictive.

Il faudra donc, pour chaque fin de non recevoir du Droit anglais, étudier sa réglementation propre et son application en France.

Sous l'appellation de « Bars to relief », notion très voisine de celle de fins de non recevoir, la loi anglaise range un ensemble peu homogène de moyens de défense à l'action en divorce ou séparation judiciaire : les uns sont tirés de principes généraux, les autres sont spéciaux à la matière ; ils sont de source législative ou jurisprudentielle. Tantôt ils sont absolus, tantôt ils sont soumis à l'appréciation du juge. Enfin, ni leur liste, ni le contenu de chacun de ces moyens de défense n'est identique pour le divorce et la séparation. Nous les étudierons séparément dans les deux cas.

SECTION I. — FINS DE NON RECEVOIR OPPOSABLES

A LA DEMANDE EN DIVORCE

§ 1^{er}. — *Fins de non recevoir absolues*

Les trois principales, qui sont absolues, résultent de l'Act de 1857 lui-même (art. 29, 30, 31) (1) ; ce sont la

(1) *Le Judicature (Consolidation) Act*, 1925, reproduit ces règles à l'article 178 ; cf. *supra*, p. 155 et *Everyday Statutes annotated*, vol. 3, p. 2186.

complicité du demandeur, le pardon, la collusion à l'instance (1).

a) *Complicité*. — La distinction entre l'imprudence du demandeur et la véritable complicité à l'adultère doit être faite en appréciant l'honnêteté de ses intentions, non l'intelligence de sa conduite ; mais les mauvais traitements et les tourments infligés, non plus que le défaut absolu de surveillance ne peuvent suffire en principe à faire conclure à la complicité (2).

b) *Pardon* (3). — Pour être fin de non recevoir, le pardon, en Droit anglais, doit être plus qu'une réconciliation née de l'indulgence de l'offensé (forgiveness). Ce doit être un pardon absolu, accordé en pleine connaissance de cause, accompagné s'il y a lieu de la reprise de la vie commune, et rendant le coupable « rectus et integer » : c'est la « condonation », dont l'existence est une pure question de fait.

En outre, selon une distinction que la Division des Divorces a empruntée à la coutume des cours ecclésiastiques, « la règle du pardon s'applique moins strictement « contre la femme », pour elle qui « n'a pas les mêmes « pouvoirs contre son mari, la même garde de son honneur », et qui peut avoir un intérêt particulier, pour ses enfants et elle-même, à pardonner, ce geste souvent méritoire ne doit pas être aussi facilement interprété

(1) Cf. Stephen, *op. cit.*, trad. cit., vol. 1, p. 328 ; Jenks, *op. cit.*, trad. cit., vol. 2, p. 141, art. 1876 ; Halsbury, *op. cit.*, vol. 16, *Husband & Wife*, n^{os} 999 et suiv., pp. 487 et suiv. ; Eversley, *op. cit.*, p. 435.

(2) Cf. Halsbury, *op. cit.*, vol. 16, *H. & W.*, n^o 999, p. 487.

(3) *Id.*, n^o 1003, p. 489 ; Jenks, *op. cit.*, *loc. cit.*

comme une véritable « condonation », une renonciation à ses droits.

Mais le pardon, quand, même de la part de la femme, il constitue une « condonation » et non une vague réconciliation, est bien alors une fin de non recevoir absolue.

Enfin, bien qu'il fasse disparaître la faute et ses sanctions, le pardon intervient « sous la condition implicite « que l'offense ne sera pas renouvelée... en sorte que, « cette conditions transgressée, le droit... né de l'offense « antérieure *revit* » (1).

Ce principe analogue à celui du Code civil (art. 244, al. 2) est encore emprunté à la jurisprudence ancienne relative à la séparation. Or, selon cette dernière, pour qu'un grief nouveau fasse « revivre » une offense pardonnée, il n'est pas nécessaire que les deux fautes soient de même nature, ce qui pour le divorce ne paraît pas au premier abord présenter d'intérêt, étant donné que le divorce n'est possible que dans un seul cas, l'adultère, et que l'adultère nouveau sera toujours par lui-même une cause suffisante de divorce. Mais en réalité la théorie du « revival » intéresse le divorce comme la séparation car la jurisprudence récente pose en principe que l'adultère pardonné « revit » en vue du divorce si le coupable, mari ou femme, commet ultérieurement des actes de *cruauté légale*, ou d'*abandon*, bien que ces fautes, prises séparément, n'aient pour sanction que la séparation.

Et cette solution n'est en rien contraire à l'Act de 1857 qui n'admet qu'une cause de divorce. Elle fournit seulement un exemple du rôle important joué par la doctrine

(1) Halsbury, *loc. cit.*; cf. Houghton, *leading case*, Clunet 1905, p. 1067, cité *infra*.

de la Cour de justice, même dans les matières où il y a des textes législatifs : ce n'est pas fausser un texte légal que de le combiner avec des principes coutumiers pour lui donner des effets nouveaux. En l'espèce, l'*abandon* et la *cruauté*, sans être des causes de divorce, sont des « offenses matrimoniales » d'une portée très générale puisque même dans la législation du divorce ces fautes ont eu, jusqu'en 1923, un effet légal au profit de la femme demanderesse. Par ailleurs, le principe ancien des cours ecclésiastiques qu'une offense nouvelle fait revivre une offense ancienne pardonnée se justifie de façon générale. En conséquence, les juges de la Cour de divorce, faisant jouer à la « cruauté » et à l'« abandon » un rôle que l'*Act* législatif n'avait pas prévu explicitement posent en principe que ces fautes font revivre le droit au divorce né de l'adultère pardonné ; principe plusieurs fois confirmé qui vaut aujourd'hui à l'égal d'une loi (1).

c) *Collusion*. — C'est la dernière des fins de non recevoir absolues. Il s'agit de toute entente entre les plaideurs en vue de faire aboutir l'instance en passant outre aux

(1) Cf. *Houghton c/ Houghton*, 1903, P. 150, *Clunet* 1905, p. 1067 (adultère du mari pardonné, l'abandon ultérieur de deux ans le fait revivre : doctrine du juge Jeune) ; *Copsey c/ Copsey & Erney* 1905, P. 94, *Clunet* 1906, p. 474 (adultère de la femme pardonné, l'abandon ultérieur de deux ans le fait revivre : juge Gorell Barnes) ; *Price c/ Price & Brown*, 1911, P. 201 (adultère de la femme pardonné ; l'abandon par désobéissance à l'ordonnance de restitution de droits conjugaux [*Act* de 1884, art. 5, cf. *supra*, p. 158] le fait revivre). La doctrine bien établie aujourd'hui pour l'abandon, l'est depuis longtemps pour la *cruauté* et l'*adultère ultérieurs*, faisant revivre la faute antérieure, car ces dernières « offenses » existaient avant l'*Act* de 1857 qui introduisit l'*abandon* (cf. *Houghton*, précité ; *Dent c/ Dent*, 4 Sw. & Tr. 105, 106, 1865).

exigences légales. Le juge s'attachera donc à rechercher si les rapports qu'ils ont eus au cours de l'instance tels que remise d'argent ou demande de renseignements, etc... révèlent ou non une intention de fraude à la loi.

Les trois fins de non recevoir absolues que nous venons d'étudier s'appliquent en France sans difficulté dans l'instance en divorce entre époux anglais.

Elles sont en effet dans l'ensemble plus sévères que les fins de non recevoir correspondantes du Droit français :

La fin de non recevoir tirée de la connivence, qui est absolue et fondée sur un texte en Droit anglais, est en Droit français seulement jurisprudentielle.

La collusion, de même, est un obstacle absolu et spécialement prévu par la loi de divorce : tandis qu'en France elle a les mêmes effets en vertu des principes généraux du divorce qui s'opposent à la rupture concertée du lien matrimonial.

Quant au pardon, on sait que la jurisprudence française le considère comme une fin de non recevoir d'ordre public pouvant être suppléée d'office par le juge : pour qu'il en soit ainsi même entre époux anglais il n'est pas nécessaire que la règle française soit d'ordre public international car de son côté la loi anglaise de divorce donne mission au juge lui-même de s'assurer si le demandeur a ou non pardonné l'adultère.

Par ailleurs, les distinctions du Droit anglais, celles notamment qu'il introduit en faveur de la femme demanderesse doivent s'appliquer en tout état de cause puisqu'elles ne concernent que les faits constitutifs du pardon et non ses effets. De même ce que nous avons dit du « revival » s'applique en France sans difficulté puis-

que le principe y est admis (C. civ., art. 224, al. 2) et que l'abandon et la cruauté (sous le nom d'injure grave et de sévices) étant directement des causes de divorce peuvent *a fortiori* faire revivre l'adultère pardonné.

§ 2. — *Fins de non recevoir soumises à l'appréciation du juge*

L'Act de 1857, après les trois fins de non recevoir absolues que nous venons d'étudier, énumère, dans son article 3, cinq fins de non recevoir soumises à l'appréciation du juge (discretionary bars) : « la Cour ne sera « pas obligée de prononcer ce décret [de dissolution du « mariage] si elle constate que le demandeur a pendant « le mariage, été coupable d'adultère [1], qu'il a été en « faute selon l'appréciation de la Cour en tardant sans « raison à introduire ou à poursuivre la demande [2], ou « bien a été coupable de cruauté envers l'autre époux [3], « ou d'abandon ou séparation volontaire de l'autre « époux avant l'adultère reproché et sans excuse raison- « nable [4], ou d'avoir négligé volontairement l'autre « époux ou de s'être mal conduit envers lui d'une façon « qui le poussait à l'adultère [5] » (1).

A l'exception du retard dans l'action judiciaire, toutes ces fins de non recevoir sont fondées sur l'idée de réciprocité dans les torts.

a) *Retard dans l'introduction ou la poursuite de l'action en Divorce.* Le juge apprécie librement si le retard est ou non excusable et admet souvent comme raisons la pau-

(1) Ces règles sont reprises par le *Judicature (Consolidation) Act*, 1925, précité p. 155, art. 178-3.

vreté du demandeur (1), l'ignorance où il était de son droit, l'intérêt des enfants (1), etc... Il est rare en fait que la demande introduite sans raison valable plus de deux ans après la faute soit accueillie.

On voit qu'il s'agit d'une règle de fond dont l'application dépend surtout du juge. Mais comme elle tend à restreindre le droit au divorce et que le pouvoir d'appréciation laissé au magistrat n'excède certainement pas celui qui lui est reconnu en France, notamment pour les faits constituant injure grave, cette fin de non recevoir peut être invoquée devant nos tribunaux sans heurter l'ordre public.

Elle peut même y être assez utile puisque le Droit français n'admet pas de prescription de courte durée à l'action en divorce, que la péremption d'instance est de trois ans, et que le pardon, comme nous l'avons dit, ne doit pas se présumer facilement entre plaideurs anglais (2).

b) *Adultère du demandeur.* — Cette fin de non recevoir, absolue pour l'ancienne séparation, est depuis l'Act de 1857 (art. 31) (3) soumise pour le divorce à la libre appréciation des juges. Mais jusqu'en 1903 ceux-ci ne se reconnurent que dans des cas très limités le droit d'écarter à discrétion le jeu normal de la fin de non recevoir fondée sur cette faute (4). Quant à distinguer selon que l'adultère du demandeur était ou non postérieur à celui du

(1) Cf. Stephen, *op. cit.*, trad. cit., p. 329; Halsbury, *op. cit.*, vol. 16, H. & W., pp. 491 et suiv.

(2) Cf. *supra*, p. 223.

(3) Cf. *supra*, p. 227, note 1.

(4) C'est une « regulated discretion » : la fin de non recevoir sera écartée seulement si le demandeur se croyait de bonne foi délié du mariage ou si le mari défendeur avait lui-même poussé la demande.

défendeur, la Cour de Divorce s'y refusait, malgré la Chambre des Lords ; elle rejetait le divorce en principe dans les deux cas (1).

En 1903, dans l'affaire Constantinidi (2) où le divorce est accordé contre la femme bien que le mari ait ultérieurement lui aussi commis l'adultère, le magistrat (Sir F. Jeune) décide que les juges peuvent exercer leur droit d'appréciation non seulement dans les limites étroites qu'ils se fixaient jusque là, mais aussi selon des principes généraux de justice qui n'ont rien de limitatif. Il en cite deux : « d'abord un demandeur convaincu d'adultère ne
« doit pas pouvoir obtenir le divorce si cet adultère a de
« façon appréciable contribué à l'inconduite du défen-
« deur. Deuxièmement un défendeur ne doit pas pouvoir
« échapper aux conséquences d'une inconduite démon-
« trée en invoquant un ou des actes d'inconduite du
« demandeur dont le défendeur lui-même était d'une
« façon appréciable responsable. Prétendre le contraire
« serait admettre le fautif à tirer profit de sa faute » (3).

La doctrine du jugement Constantinidi a été reprise dans de nombreuses espèces, certaines très récentes (4),

resse à la prostitution ou si l'adultère du demandeur avait été de longue date connu et pardonné du défendeur actuel.

(1) Cf. Browne & Watts, *op. cit.*, pp. 47 et suiv.

(2) H. C^t Just. Div. Division (1^{re} instance), 10.8.1903, P. 246, & L. T. 21.11.1903, Constantinidi c/ Constantinidi et Lance. Le compte rendu au Clunet 1905, p. 409, n'expose pas l'essentiel de la décision.

(3) Jugement cité, P. 1903, pp. 259-260.

(4) Voir notamment Wilson & Wilson P. 1920, p. 20 ; Tickner c/ Tickner, P. 1924, p. 118 ; Apted c/ Apted & Bliss, P. 1930, p. 246. Le pouvoir discrétionnaire s'y est exercé en faveur du demandeur eu égard notamment à l'avenir de ses enfants et de son nouveau foyer.

où la Division des Divorces a exercé cette appréciation dans les circonstances les plus diverses.

Bien que la Cour d'appel n'ait pas eu, semble-t-il, à statuer (1), le principe paraît donc bien établi en Droit anglais (2) : le juge du divorce apprécie librement dans chaque cas s'il doit ou non rejeter la demande en raison de l'adultère du demandeur.

Quel effet peut avoir en France la fin de non recevoir ainsi définie, tirée de l'adultère du demandeur ? En principe, elle doit pouvoir être invoquée chaque fois que, devant nos tribunaux statuant sur une action de divorce entre époux anglais, la loi qui gouverne les conditions du divorce est la loi anglaise. Dans cette hypothèse, la demande en divorce ne pouvant être fondée que sur l'adultère, ce serait un cas de refus du divorce, pour torts réciproques et de même nature.

Or on sait qu'en Droit français où les fins de non recevoir sont de droit étroit (3), la réciprocité des torts ne peut pas en principe jouer ce rôle.

La Cour de cassation reconnaît seulement aux juridictions de fait le droit de rechercher si, en présence de fautes graves du demandeur, ses propres griefs n'ont pas perdu la gravité qu'ils ont *in abstracto*, jusqu'à n'être plus recevables comme causes de divorce ou de sépara-

(1) D'après Browne & Watts, p. 47, pour avant 1920. Nous n'avons pas trouvé non plus d'arrêt d'appel plus récent sur la question ; l'arrêt de la *Court of appeal*, Constantinidi, P. 1905, p. 253, ne reprend la question de faute du demandeur qu'en vue de son influence possible sur le statut *des biens* après divorce.

(2) Sir Henry Duke (affaire Tickner) l'adopte dans des termes particulièrement nets.

(3) Cf. Planiol et Ripert, *Traité*, tome 2, p. 416.

tion de corps (1). La faute du demandeur est alors, semble-t-il, plutôt qu'une fin de non recevoir, une véritable défense attaquant le fondement même de la demande. D'ailleurs, même sous cette forme, le raisonnement n'a jamais été admis en France au cas d'adultère réciproque : l'infidélité du demandeur n'atténue pas la gravité de l'adultère reproché au défendeur, elle peut seulement avoir pour effet de faire prononcer le divorce aux torts réciproques des époux.

Mais cet état du Droit français interne n'empêche nullement un défendeur anglais d'opposer, comme une véritable fin de non recevoir, l'adultère du demandeur. En effet, cette règle que les fins de non recevoir sont de droit étroit n'est pas d'ordre public international. Et surtout la règle dont il s'agit tend à restreindre l'admission du divorce plus encore que ne le font les règles françaises ; or on sait que ces dernières ne s'imposent d'ordre public que vis-à-vis d'une législation de divorce plus libérale. Au surplus, le juge français puise dans la loi anglaise un pouvoir d'appréciation fort utile sur l'opportunité qu'il y a à admettre cette fin de non recevoir ; pouvoir analogue à celui qu'il exerce journellement en matière d'injures graves.

Le défendeur pourra donc, conformément à la loi anglaise, invoquer utilement en France, comme fin de non recevoir à la demande en divorce, l'adultère du demandeur.

(1) Ce raisonnement est admis notamment pour les excès, sévices, injures graves, entre eux ; — pour les condamnations criminelles, entre elles ; — pour l'adultère du demandeur vis-à-vis de la demande fondée sur injure grave (Cass. req., 4.12.1855, Sirey 1856.1.814 & Cass. req. 16.4.1894, Sirey 1895.1.309).

La question s'est trouvée implicitement résolue en ce sens par la Cour de Paris. (1), statuant non sur la loi anglaise, mais sur une disposition analogue de la loi de l'Etat de New-York, applicable au divorce d'un Américain en France. De même en doctrine : M. Bartin (2), prévoyant spécialement le cas où la compensation des torts admise par une loi étrangère est opposée à une demande en divorce introduite en France, soumet sans restriction la question à la loi qui gouverne les effets du mariage.

Pour générale qu'elle soit, la solution s'applique-t-elle aux autres fins de non recevoir du Droit anglais tirées de la réciprocité des torts ? C'est ce qu'il faut maintenant étudier.

c) *Autres cas de réciprocité des torts.* — Le demandeur coupable soit d'actes de cruauté, soit d'abandon, soit d'agissements de nature à avoir poussé le défendeur à commettre l'adultère, peut se voir refuser le divorce selon que le juge l'estime à propos.

Les actes constituant cruauté ont déjà été indiqués à propos des causes de séparation de corps. L'appréciation

(1) C. Paris, 1^{re} ch., 7.7.1920, *Revue Dr. Int. Pr.* 1921, p. 220, Clunet 1921, p. 518, Gould (affaire de divorce). « Considérant... qu'en « vain la dame Gould, invoquant la législation américaine, prétend « elle que son mari s'étant rendu lui-même coupable d'adultère doit « être déclaré irrecevable dans sa demande en divorce ; qu'elle ne « rapporte pas la preuve de l'adultère par elle imputé à Gould, et « que le procès-verbal versé aux débats ne contient pas à cet égard « de constatations décisives ». La fin de non recevoir n'est écartée que par défaut de preuve de l'adultère du demandeur.

(2) *Principes*, tome 2, § 315, p. 305. L'auteur cite l'arrêt Gould et attribue l'échec de cette fin de non recevoir à la preuve insuffisante de la loi étrangère.

en est sensiblement la même quand la « cruauté » est invoquée comme fin de non recevoir au divorce.

Par contre, l'abandon dont il s'agit ici ne doit pas nécessairement avoir duré deux ans ou avoir fait l'objet d'une ordonnance de restitution de droits conjugaux restée sans effet (1), conditions que doit remplir l'abandon invoqué comme cause de séparation de corps.

Quant aux agissements responsables de l'adultère (*conduct conducing to adultery*), ce sont la négligence volontaire ou l'attitude volontairement hostile vis-à-vis du conjoint ; ni la simple insouciance à son endroit, ni l'absence non intentionnelle, ne suffiraient. Bien que très différentes en théorie, la « *conduct conducing to adultery* » et la connivence dans l'adultère peuvent être assez difficiles à distinguer en fait. La distinction est cependant très importante car la connivence, si elle est démontrée, entraînerait obligatoirement le rejet de la demande en divorce.

Avec ces trois dernières fins de non recevoir, la différence du Droit anglais avec le nôtre s'accroît encore.

En effet, non seulement le Droit français écarte la réciprocité des torts en tant que fin de non recevoir, mais même, s'il prend parfois en considération les torts du demandeur pour apprécier le sérieux des griefs de la demande, ce n'est jamais le cas pour l'adultère réciproque (2) et ce serait encore moins le cas pour un autre grief quelconque invoqué en défense par l'époux adultère ; ce que le Droit anglais admet ici.

Malgré cette différence, la loi anglaise ici encore doit

(1) Cf. Browne & Watts, *op. cit.*, p. 56.

(2) Cf. *supra*, p. 231.

s'appliquer intégralement en France parce que, soumettant le divorce à des conditions plus strictes que ne le fait la loi française, elle ne heurte pas l'ordre public.

On pourrait seulement objecter qu'il est dangereux de refuser le divorce à un époux victime de l'inconduite de son conjoint sous le prétexte de fautes qui ne sont pas en proportion de l'offense et n'enlèvent rien à sa gravité. Mais le danger, qui pourrait exister si les fins de non recevoir tirées de la réciprocité des torts étaient absolues, est précisément évité grâce à la faculté qu'a le juge d'en tenir compte ou de les rejeter (discretion).

En conclusion, les fins de non recevoir du Droit anglais peuvent, sans restriction tirée de l'ordre public, être invoquées en France entre époux anglais soumis pour leur divorce à la compétence de leur loi nationale.

SECTION II. — FINS DE NON RECEVOIR OPPOSÉES

A LA DEMANDE EN SÉPARATION DE CORPS

Dans leurs sources historiques et juridiques, dans leurs conditions d'admission, le divorce et la séparation de corps sont en Droit anglais très différents : de même les fins de non recevoir opposables à l'une et l'autre action doivent être bien distinguées.

Elles diffèrent moins entre elles, cependant, que les causes de divorce et de séparation. En effet l'*Act* de 1857, en introduisant le divorce dans le seul cas d'adultère, reprit toutes les fins de non recevoir admises par la jurisprudence des Cours ecclésiastiques, en modifiant seulement les conditions d'exercice de certaines d'entre elles. Les motifs, pour obtenir le divorce, devenaient plus rares, mais les moyens de l'écarter restaient aussi nombreux.

Ayant pris pour base le divorce, contrairement à l'ordre historique anglais, nous ne signalerons ici des fins de non recevoir à l'action en séparation de corps que leurs différences avec celles que nous venons d'étudier pour le divorce. Tout d'abord, il n'y a pas lieu de reparler de la *connivence*, du *pardon*, ni de la *collusion* qui sont également ici des fins de non recevoir absolues et s'appliquent dans les mêmes conditions que dans l'action en divorce.

Pour la séparation, remède moins grave que le divorce, le retard à faire valoir ses griefs est aussi plus facilement pardonné au demandeur, spécialement s'il s'agit de la femme désireuse avant tout d'avoir la garde de ses enfants.

L'adultère du demandeur devient ici fin de non recevoir *absolue* (1) quel que soit l'ordre dans lequel les offenses réciproques ont été commises.

Ni la cruauté ni l'abandon reprochés au demandeur ne peuvent l'empêcher d'obtenir la séparation judiciaire pour adultère. Mais ces fautes sont des fins de non recevoir valables contre toute demande fondée sur une offense moins grave que l'adultère.

Dans leur ensemble, ces particularités s'appliqueront en France comme s'appliqueraient les fins de non recevoir du divorce, c'est-à-dire sans difficulté d'ordre public.

(1) Cette différence avec le cas du divorce où la fin de non recevoir tirée de l'adultère du demandeur est « *discretionnaire* », vient de l'obligation légale de suivre l'usage des anciens tribunaux ecclésiastiques (*Matrimonial Causes Act 1857*, art. 7-22), (Jenks, *op. cit.*, tome 2, art. 1881, note).

CHAPITRE III

Effets du divorce et de la séparation de corps

La question des effets que le divorce ou la séparation de corps, prononcés entre époux anglais, peut avoir en France est susceptible de se poser soit à propos d'un jugement rendu en France, soit même à la suite d'une décision prononcée par la Cour anglaise de Divorces (1).

Dans ce dernier cas, une question se posera, préalablement à toute recherche de la loi applicable aux effets du divorce et de la séparation de corps : le jugement étranger peut-il avoir effet en France, et à quelles conditions ? Ce problème d'ordre absolument général ne peut être ici que signalé (2). Nous supposons donc, quelle que soit la juridiction dont il émane, un jugement régulier et de plein effet au regard de la loi française.

En Droit international privé français, les effets du divorce et de la séparation de corps ne sont pas soumis à une règle unique de conflit. Il faut distinguer :

(1) Cf. Compétence judiciaire, *supra*, pp. 140 et suiv.

(2) Cf. Niboyet, *Manuel*, n° 814 et suiv., notamment n° 852, V, p. 957 ; cf. également n° 454, 2°, p. 568. — Bartin, *Principes*, t. 1, §§ 182 et suiv., pp. 461 et suiv., notamment § 212, pp. 581 et suiv. ; t. 2, §§ 317 et suiv., pp. 318 et suiv.

Ceux qui intéressent l'état et la capacité des personnes : dette alimentaire et indemnité, capacité de la femme, délai de viduité, empêchements à mariage entre époux divorcés, droit à la conversion de la séparation de corps en divorce, etc... la loi nationale leur est en principe applicable (1).

Ceux qui ne concernent pas directement l'état, mais intéressent le régime des biens, les règles de police ou de protection des tiers : modification du régime, disparition des avantages matrimoniaux, réparations civiles et mesures de publicité, etc... Chacun de ces effets du divorce ou de la séparation de corps sera soumis à la règle de conflit applicable à la notion particulière à laquelle il se rattache (2).

La loi nationale, compétente dans le premier cas, est, selon la jurisprudence, celle de la nationalité commune des époux lors de l'instance (3) en divorce ou séparation de corps, c'est-à-dire la même loi qui en a gouverné les conditions d'admission (4). C'est donc la loi anglaise qui s'appliquera normalement. Toutefois, si, en vertu du *renvoi* à la loi du domicile (5), la loi française avait en définitive été seule consultée pour les causes du divorce ou de la séparation de corps, la même solution devra prévaloir pour ceux de leurs effets qui concernent la personne des époux.

(1) Cf. Niboyet, *Manuel*, n° 642, pp. 751 et suiv.

(2) *Id.*

(3) Sauf fraude à la loi, cf. Niboyet, *loc. cit.*, n° 641, II, p. 750 ; cf. *contra*, Bartin, *Principes*, t. 2, § 316, p. 312, c'est « la loi sous l'empire de laquelle le mariage a été contracté ».

(4) Cf. Niboyet, *loc. cit.*, n° 642, I, p. 751.

(5) Cf. *supra*, pp. 173 et suiv., 217 et suiv.

D'autre part, entre les deux catégories d'effets du divorce ou de la séparation de corps, la distinction est parfois délicate en pratique : telle conséquence du jugement ressortit à la fois à la loi personnelle et à une autre loi (1) ; ces questions de *qualification* devront être abordées lorsque la loi personnelle des époux sera différente de la loi quelconque applicable aux effets pécuniaires de leur séparation ou de leur divorce.

Enfin l'intervention de la loi anglaise sera, dans tous les cas, subordonnée au respect de l'*ordre public international* (2).

Nous appliquerons ces principes généraux, brièvement rappelés, d'abord aux effets du divorce puis à ceux de la séparation de corps prononcés entre époux anglais. La différence très nette que nous avons relevée en Droit anglais entre les deux notions (3) s'affirme ici à nouveau.

SECTION I. — EFFETS DU DIVORCE

En Droit anglais comme en Droit français, la dissolution du mariage date, entre les époux, du jour où le jugement qui la prononce est devenu définitif (4).

Si le divorce a été prononcé en Angleterre, c'est le jugement confirmatif, « *decree absolute* », rendu six mois au minimum après le premier jugement (« *decree*

(1) Cf. Bartin, *Principes*, t. 2, § 316, pp. 312 et suiv. ; et notes sous Aubry et Rau, V^e éd., § 489, p. 402 (note 2), § 490, p. 418 (note 25).

(2) Cf. Niboyet, *loc. cit.*, n^o 642, p. 751.

(3) Cf. notamment *supra*, pp. 156 et suiv.

(4) Cf. Eversley, *op. cit.*, p. 434. — C. civ., art. 252 (l. du 26.6.1919).

nisi ») qui doit être pris en considération. Il est d'ailleurs rarement susceptible d'appel (1).

Le mariage étant dissous, les devoirs de fidélité et cohabitation disparaissent.

Il n'en est pas de même du devoir de secours ou obligation alimentaire qui, en Droit anglais comme en Droit français, subsiste sous certaines conditions, en prenant une forme nouvelle.

§ 1^{er}. — *Obligation alimentaire*

L'article 301 du C. civ. permet au tribunal de condamner l'époux coupable à servir une pension à l'époux innocent lorsque le contrat de mariage ne lui a pas assuré d'avantages suffisants. Cette pension procède du devoir de secours qu'elle est destinée à perpétuer malgré la dissolution du mariage afin d'éviter que l'époux innocent ne pâtit matériellement d'une situation dont il n'est pas responsable (2). C'est donc le droit commun des obligations alimentaires, auxquelles se rattache le devoir de secours, qui est applicable en Droit français interne à la détermination et au régime de la pension, sous réserve des deux règles particulières de l'article 301 : la pension ne peut excéder le tiers des revenus de l'époux qui la doit. Elle reste due par ses héritiers jusqu'à la mort du créancier.

Procédant du devoir de secours, la pension suit en conflit de lois le même sort : la loi nationale des époux

(1) Cf. Halsbury, *op. cit.*, vol. 16, *Husband & Wife*, n° 1133, p. 557.

(2) Cf. Planiol et Ripert, *Traité Élém.*, t. 1, n°s 1259 et suiv. ;. Bartin, note sous Aubry et Rau, V^e éd., t. 7, § 480, p. 349 (note 32).

lui est en principe applicable (1) sous réserve du caractère d'ordre public de toute créance d'aliments (2).

Mais cette règle de conflit ne s'applique qu'à la dette alimentaire proprement dite : toute autre demande d'indemnité fondée sur un préjudice particulier (3), telle qu'une action en dommages-intérêts pour diffamation au cours de l'instance, sera jugée conformément à la *lex loci delicti* (4).

La loi anglaise, qui est donc normalement compétente sur l'obligation alimentaire après divorce, ne considère pas, on s'en souvient, le devoir de secours comme réciproque : la femme n'en est pas tenue en principe ; de même, après la dissolution du mariage, seule la femme pourra obtenir une indemnité alimentaire, qui prend, dans le cas spécial du divorce, le nom de « maintenance » (5).

C'est la Cour de divorces qui, en prononçant le jugement, décide, s'il y a lieu, que le mari devra assurer à la femme soit une somme d'argent une fois donnée, soit une pension annuelle qui ne peut durer plus que la vie de la femme. Les parties peuvent s'entendre directement sur le montant et le mode de paiement. Faute d'accord, ou même en supplément de ce qui a été convenu, la Cour peut fixer elle-même une pen-

(1) Cf. cependant Aubry et Rau, V^e éd., t. 7, § 490, p. 419, et note 26 (Bartin). Mais M. Martin (*Principes*, t. 2, § 316, p. 313), adopte la solution que nous donnons au texte.

(2) Cf. *supra*, p. 18 et Martin, *op. cit.*, *loc. cit.*

(3) Les deux notions sont bien distinctes en jurisprudence ; cf. Aubry et Rau, V^e éd., t. 7, § 480, p. 352.

(4) *Op. cit.*, § 490, p. 419, note 26 (Bartin) ; Martin, *Principes*, t. 2, § 316, p. 313.

(5) Halsbury, *op. cit.*, *loc. cit.*, n^{os} 1145 et suiv., pp. 564 et suiv. ; M^{me} Richard-Prassinis, thèse citée, pp. 153 et suiv.

sion qui est viagère et qui cesse également d'être due à la mort du débiteur.

La condamnation du mari à payer cette pension est alors prononcée en tenant compte à la fois des ressources personnelles et de la conduite de chaque époux (1). Toutefois, même si le mari jouit de gros revenus, la femme ne pourra obtenir plus que ce qui constituerait normalement sa situation si elle était veuve. D'autre part, toute « maintenance » est en pratique refusée à la femme coupable d'adultère, sans qu'il y ait là cependant une règle obligatoire (2).

Enfin le juge subordonne parfois l'exigibilité de la pension à la clause « *dum sola vixerit* » ou exceptionnellement à la clause « *dum sola et casta vixerit* » ; dans le premier cas la pension disparaît si la femme se remarie. La conduite de la femme pendant le mariage faisait jadis introduire la seconde clause aujourd'hui très rare.

De même que toute dette alimentaire, dans le Droit français, la « maintenance » prononcée par le juge est sujette à revision selon la situation de chaque (3) époux.

Telle que nous venons de la résumer, la pratique de la Cour Anglaise de Divorces en matière de pension alimentaire sera prise en considération par le juge français, soit en vue de l'exequatur d'un jugement anglais de divorce fixant des aliments (a), soit en vue de statuer

(1) Il y a doute sur l'influence du changement de situation pécuniaire de la femme : cf. thèse citée p. 156, texte et note 2.

(2) *Ibid.*, p. 155 ; mais parfois la Cour impose au mari demandeur le paiement d'une allocation modique avant de prononcer le jugement confirmatif à son profit (Halsbury, *op. cit.*, vol. 16, H. & W., n° 1146, p. 565).

(3) Sur le changement de situation de la femme, cf. note 1, *supra*.

directement sur une demande de divorce entre Anglais ou sur une demande en révision de pension entre Anglais divorcés (b).

a) L'exequatur d'un jugement de divorce peut rencontrer un obstacle s'il s'y trouve la clause « *dum sola vixerit* », qui subordonne l'exigibilité de la pension au non-remariage de la femme et pourrait, de ce point de vue, être considérée en France comme contraire à l'ordre public.

Mais, en réalité, la question restera le plus souvent théorique, car le remariage, dans la pratique française, tend, pour la majorité des cas, à ce même résultat : la suppression de la pension, parce que la situation de l'époux qui y avait droit est modifiée. Il est vrai que cette suppression ne peut résulter en Droit français que des faits et ne bénéficie pas de plein droit à l'époux débiteur de la pension (1).

b) Lorsque le tribunal est saisi directement d'une demande d'aliments ou d'une demande en révision de pension alimentaire, les dispositions de la loi anglaise applicable diffèrent assez peu de celles de la loi française pour ce qui concerne la créance de la femme. Il ne semble donc pas que la loi française doive intervenir au nom de l'ordre public international :

1° Les juges français se reconnaîtraient probablement le droit d'accorder ou de refuser selon les circonstances une pension alimentaire à la femme coupable d'adultère, puisque la loi anglaise permet à la rigueur cette appréciation (2) ;

(1) Cf. Planiol et Ripert, *Traité élém.*, t. 1, n° 1261 *ter*, p. 425.

(2) Cf. *supra*, p. 241.

2° La transmission de l'obligation alimentaire à la charge de la succession du débiteur ne paraît pas non plus s'imposer en France en dépit de la loi anglaise ;

3° Enfin, si le Droit anglais ne fixe pas une proportion limite entre la pension à accorder et les revenus du débiteur, la pratique jurisprudentielle anglaise évalue le plus souvent la pension aux environs du tiers des revenus (1). Mais, sans être d'ordre public international, la règle de l'article 301 du C. civ. s'imposera naturellement à l'esprit du juge français qui prendra ce même niveau pour taux maximum.

Tout au contraire, lorsque l'époux innocent est le mari, la loi française pourra avoir à intervenir au nom de l'ordre public international. En effet, l'application stricte de la loi nationale aboutirait à refuser en France, à un mari de Nationalité anglaise demandeur au divorce et dépourvu de ressources, tout droit à un secours d'aliments, la femme n'ayant en Droit anglais aucune obligation de secours vis-à-vis de son mari. Le caractère réciproque de l'obligation de secours du Droit français s'impose d'ordre public international, après divorce comme pendant le mariage (2).

§ 2. — Capacité de la femme divorcée

La question ne se pose pas en principe pour la femme anglaise qui n'a pas à recouvrer par l'effet du divorce une capacité que le mariage ne lui a pas fait perdre.

(1) Thèse Richard-Prassinos, citée *supra*, p. 155 : mais il s'agit des revenus communs du ménage ; si la liberté du juge n'était entière, il serait étrange que l'assiette de la pension comportât les revenus de la femme avec ceux du mari.

(2) Cf. *supra*, p. 21.

Sa loi nationale, en effet, la considère comme pleinement capable pendant le mariage (1).

Mais si, par l'effet du renvoi (2), sa loi personnelle avait été pendant le mariage la loi française, compétente en tant que loi du domicile, le divorce mettrait fin pour elle à son incapacité de femme mariée, et c'est la loi française qui gouvernerait le recouvrement de sa capacité.

§ 3. — Remariage

On sait que le Droit français impose à la femme un délai de viduité (3), et qu'il prohibe le mariage avec le frère ou la sœur du premier conjoint (4), ainsi que, dans certains cas, aujourd'hui exceptionnels, le remariage entre époux divorcés (5).

Or la loi anglaise, normalement applicable au remariage (6), ignore le délai de viduité, chaque partie pouvant se remarier dès que le jugement de divorce est définitif (7) ; elle ne prohibe en aucun cas le nouveau mariage entre époux divorcés (8) ; en ce qui concerne l'alliance, elle défend seulement au mari divorcé d'épouser du vivant de sa première femme la sœur de celle-ci (9).

(1) Cf. *supra*, p. 39.

(2) Cf. *supra*, p. 48.

(3) C. civ., art. 296.

(4) La prohibition n'existe que si le premier mariage a été dissous par divorce (C. civ. art. 162, modifié par la l. du 17.1914).

(5) C. civ., art. 295 (l. du 26.3.1924).

(6) Aubry et Rau, V^e éd., t. 7, § 490, p. 418.

(7) Cf. Halsbury, *op. cit.*, *loc. cit.*, n° 1208, p. 594.

(8) Cf. Halsbury, *id.*

(9) *Id.* : cf. *Matrimonial Causes Act 1857*, art. 57 & *Deceased Wife's Sister's Act 1907*, art. 3 (*Ann. de Lég. Etr.* 1907, pp. 88 et s.).

Parmi ces divergences, seule celle qui concerne le délai de viduité paraît intéresser l'ordre public international : bien que sa loi personnelle n'exige rien de pareil (1), la femme anglaise devra attendre, avant de contracter en France un nouveau mariage, que le délai prévu par le C. civ. (art. 228) soit écoulé (2).

La loi anglaise permet à l'époux coupable divorcé d'épouser son complice (3), ce que le Droit français admet également de nos jours (4).

§ 4. — *Droit au nom*

En Droit français « par l'effet du divorce, chacun des « époux reprend l'usage de son nom » (5). Spécialement, la femme divorcée peut être contrainte à ne plus user du nom de son ancien mari (6).

Mais la solution du Droit anglais, normalement applicable à cette question de statut personnel, est différente : la femme divorcée conserve le droit de se faire désigner sous le nom de son ancien mari, à moins qu'il n'en résulte un préjudice suffisant pour être pris en considération (7).

(1) Cf. Halsbury, *op. cit.*, *loc. cit.*

(2) En ce sens C. Paris 13.2.1872, Dalloz 1873.2.160, infirmant un jugement du Tribunal de la Seine qui appliquait la loi personnelle (statut de Francfort) ; cité par Ardeleanu, *Du délai de viduité*, thèse, Paris, 1911, p. 74.

(3) Cf. Halsbury, *op. cit.*, *loc. cit.*

(4) L. du 15.12.1904, abrogeant l'art. 298 du C. civ.

(5) C. civ., art 299, al. 2 (l. du 6.2.1893).

(6) Cf. Mironesco, *Le Nom des personnes en Droit comparé*, thèse, Paris 1933. Le principe peut fléchir si la femme est connue dans sa profession sous ce nom.

(7) Halsbury, *op. cit.*, *loc. cit.*, n° 1207, p. 594 & Eversley, *op. cit.*, p. 445.

Les effets du divorce que nous venons de passer en revue concernent les rapports personnels entre les parties, même lorsqu'ils prennent la forme d'une obligation pécuniaire comme c'est le cas de la pension alimentaire.

Il reste à étudier ceux qui ont trait directement aux intérêts pécuniaires. Etant de nature diverse, ces effets du divorce ne dépendent plus comme les précédents d'une règle de conflit unique.

§ 5. — *Responsabilité de Droit commun*

a) Indépendamment de l'offense cause de divorce, le défendeur peut avoir commis une faute engageant sa responsabilité civile vis-à-vis de son conjoint. Selon que le délit aura été commis en France ou en Angleterre, l'allocation de dommages-intérêts dépendra de l'article 1382 du C. civ. ou des dispositions de la loi anglaise concernant les délits civils (Torts) et leur réparation.

Dans ce dernier cas il n'y a pas de règle particulière au divorce à signaler, et le Droit commun des « torts », auquel nous renvoyons (1), s'applique ; en effet, le mariage étant dissous, les incapacités d'agir en justice entre époux, motivées par l'état de « couverture » et la fiction d'unité de personne, et par ailleurs très restreintes depuis l'Act de 1882 (2), cessent de s'appliquer.

b) Enfin, il faut signaler qu'une action particulière est donnée par la loi anglaise au mari contre le complice de sa femme en réparation du préjudice causé par leurs relations criminelles (action for criminal conversation).

(1) Halsbury, *op. cit.*, vol. 27, *Tort*, pp. 463 et suiv., n^{os} 906 et suiv. ; Stephen, trad. cit. vol. 3, spécialement p. 434.

(2) Cf. *supra*, p. 42 : *Married women's Property Act 1882* (art. 12).

L'action, quand elle se greffe sur une demande en divorce, porte le nom de « petition for damages » (1). Elle atteint directement le complice, car elle ne s'exerce pas contre la femme elle-même (2).

L'action qui lui correspond en Droit français est de portée plus large tout en étant moins usitée. Tout époux peut agir contre son conjoint et solidairement contre le complice en réparation du préjudice que cause l'adultère (3).

Les deux actions sont indépendantes et du besoin de secours du demandeur et des délits particuliers (a) qui ont accompagné la faute (diffamation, etc...). Elles visent l'une et l'autre *exclusivement la réparation d'une faute personnelle contre la foi conjugale*.

On peut donc hésiter à les ranger sous l'empire de la *lex loci delicti* comme les autres réparations civiles. Il faut, semble-t-il, distinguer : le principe et la portée du droit à indemnité dépendra de la loi personnelle ; donc en vertu de la loi anglaise le complice seul sera poursuivi. Au contraire pour le quantum et les modalités de la condamnation, la *lex loci delicti* sera seule consultée (4).

On voit qu'en définitive le Droit anglais, pas plus sur le terrain de la responsabilité civile qu'au titre de devoir

(1) Halsbury, *op. cit.*, vol. 16, *Husband & Wife*, p. 500, n° 1021.

(2) Contre la femme, le mari ne peut obtenir qu'une modification de convention matrimoniale à son profit, cf. *infra*, § 6, d.

(3) Cf. Planiol et Ripert, *Traité élém.*, t. 1, n° 901, p. 314, et *Traité pratique*, t. 2, p. 537, n° 643.

(4) M. Bartin (*Principes*, t. 2, § 316, p. 313), soumet toute la question à la loi des effets du mariage.

personnel de secours (1), n'accorde au mari d'action particulière contre la femme en compensation du droit à pension ou « maintenance ». L'équilibre n'apparaît que grâce à certaines règles (2) du régime des biens qu'il reste à examiner.

§ 6. — *Effets du divorce sur le régime des biens*

Il faut distinguer selon que le régime légal adopté, ou les conventions matrimoniales, dépendent de la loi anglaise ou de la loi française.

a) *Régime légal anglais*. — Le plus souvent, les époux auront vécu sous le régime légal anglais de la séparation des biens (3), et la femme, en vertu de sa loi personnelle, n'aura pas cessé d'être pleinement capable (4).

Aussi la dissolution du mariage ne soulèvera aucune question de liquidation du régime proprement dit : les contestations qui peuvent s'élever au sujet de la « communauté de fait » ayant existé entre les époux (5) sont en réalité de simples incidents du partage des biens mobiliers du ménage et ne concernent pas les règles de droit de la communauté française.

Il y a cependant lieu de mentionner, en vue de ses conséquences possibles en conflit de lois, un pouvoir très particulier qui appartient au juge anglais du divorce, lorsque celui-ci est prononcé pour adultère de la femme.

(1) Cf. *supra*, pp. 239 et suiv.

(2) Cf. *infra*, § 6, a et d.

(3) Cf. *supra*, p. 97.

(4) Cf. *supra*, p. 39.

(5) La formule est parfois employée dans les jugements de divorce entre étrangers.

En vertu de l'Act législatif de 1925 sur l'organisation judiciaire (1), si la femme possède, en propriété ou simplement en usufruit, des biens personnels, la Cour pourra ordonner sur ces biens la constitution d'un trust, dont elle fixe elle-même l'importance, au profit soit du mari, soit des enfants nés du mariage (2).

C'est grâce à ce pouvoir particulier de la Cour sur les biens de la femme que le mari peut en Droit anglais obtenir une égalité de traitement que ne lui accordaient, ainsi que nous l'avons vu (3), ni les règles de l'obligation alimentaire après le divorce, ni celles de la réparation civile de l'adultère. Et puisque l'on constate ainsi que la législation anglaise elle-même admet en définitive le mari à recevoir certaines indemnités, quelle qu'en soit la nature, il est peut être inutile (4) de faire intervenir l'ordre public international pour justifier, sous le nom d'aliments, le même résultat en France.

Le juge anglais du divorce peut de même décider que le complice de la femme devra constituer un trust en exécution de la condamnation à dommages-intérêts dont il a pu être l'objet à la suite de la « petition for damages » (5). Mais le bénéfice de ce trust est simplement attribué aux enfants nés du mariage ou affecté au service de la pension alimentaire de la femme, à supposer que

(1) « Judicature (Consolidation) Act 1925 », art. 191, 1°, cité p. 155 ; cf. également Act de 1857, art. 45.

(2) Cf. Eversley, *op. cit.*, p. 141 ; Stephen, trad. cit., t. 1, p. 334 ; Jenks, trad. cit., t. 2, p. 148, n° 1893.

(3) Cf. *supra*, p. 240 et p. 247.

(4) Cf. *supra*, p. 243.

(5) *Judicature Act* de 1925, précité, art. 189 ; Eversley, *op. cit.*, pp. 433-434.

malgré sa faute elle en obtienne une. Etant donné ces caractères le trust n'intéresse qu'indirectement le régime des biens des époux.

Les pratiques judiciaires que l'on vient de décrire sont spécifiquement anglaises et sans application directe en France. Il était cependant nécessaire de les citer à cette place, en tant qu'effets pécuniaires du divorce indépendants de toute convention. Car elles s'apparentent à une autre pratique de la Cour anglaise qui, elle, peut avoir sa valeur internationale : la modification, par le juge du divorce, des conventions matrimoniales (« variation of settlements ») (1).

b) *Régime légal français*. — Si les époux anglais avaient adopté tacitement le régime légal français, les dispositions du Code civil seront applicables à sa liquidation.

Il en est ainsi notamment de la règle de l'article 252 *in fine* (2) selon lequel « le jugement de divorce remontera quant à ses effets entre époux, en ce qui touche leurs biens, au jour de la demande ». La rétroactivité de la dissolution de la communauté, qui en résulte, sera en effet applicable aux époux anglais parce qu'elle est non une sanction civile de la faute motivant le divorce (qui dépendrait de la loi personnelle), mais une règle inhérente au régime matrimonial français qui s'applique dans sa totalité (3).

(1) Cf. *infra*, § 6, d.

(2) Loi du 26.6.1919.

(3) Cf. Bartin, *Principes*, t. 2, § 316, p. 317, & V^e éd. d'Aubry et Rau, § 490, note 25.

c) *Il existe des conventions matrimoniales. — Contrat de mariage français.* — Mais les époux peuvent avoir fait des conventions matrimoniales et les avoir soumises soit à la loi française, soit à la loi anglaise. Nous rappelons que, dans l'un et l'autre cas, ces conventions, suivant lesquelles s'opère la liquidation du régime, ne sont pas nécessairement contenues dans un contrat unique et antérieur au mariage : en effet, on se souvient que la règle d'immutabilité du régime, qui l'exigerait, ne s'impose pas en France aux contractants anglais parce que leur loi nationale, seule compétente en la matière, admet les conventions postérieures au mariage (1). Il se peut donc très bien que, dans la liquidation des biens des époux, on ait à tenir compte de deux ou plusieurs contrats successifs, antérieurs ou postérieurs à la célébration du mariage (2).

Les époux ont pu soumettre expressément ou tacitement leur contrat à la loi française. Dans ce cas, les dispositions du Code civil en gouvernent l'exécution et l'interprétation.

Notamment, l'article 299, qui prive des avantages matrimoniaux prévus au contrat l'époux contre qui le divorce est prononcé, s'appliquera (3).

On l'a cependant contesté (4), et décidé que, puisque la déchéance des avantages prévus au contrat est la sanc-

(1) Cf. *supra*, pp. 114 et suiv.

(2) Si ce sont des contrats du Droit anglais, leur nom sera « antenuptial settlements » ou « post-nuptial settlements ».

(3) Cf. Aubry et Rau, V^e éd., t. 7, § 490, p. 418, note 25 (M. Bartin).

(4) Bartin, *Principes*, t. 2, § 316, pp. 314 et suiv.

tion d'une infraction aux devoirs entre époux, elle ne s'appliquerait que si la loi personnelle admettait cette sanction.

Il paraît difficile d'accepter cette dernière solution. En effet, l'article 299 n'est pas isolé : il a pour complément l'article 300, selon lequel l'époux innocent conserve les avantages prévus à son profit, même s'ils ont été stipulés réciproques, et l'article 1518 qui applique ces règles au cas de préciput et figure d'ailleurs au titre du contrat de mariage. Aussi, quoique l'article 299 édicte bien une peine civile, les trois dispositions ne peuvent être dissociées, et l'ensemble fait partie intégrante de la notion française de régime matrimonial.

On ne peut pas non plus supposer sérieusement qu'en soumettant leur contrat à la loi française, les parties ont entendu faire exception des trois articles cités applicables au cas de divorce.

Au surplus non verrons que, dans notre hypothèse, la loi nationale elle-même paraît admettre, de façon détournée, le principe que l'époux coupable doit être déchu de ses avantages matrimoniaux (1).

En résumé, lorsque des époux anglais ont un contrat de mariage gouverné par la loi française, celui qui succombe à l'instance en divorce perd, conformément à la loi française, les avantages résultant pour lui du contrat. Quant à déterminer les clauses qui constituent des

(1) Le Droit anglais donne au juge du divorce la *faculté* de modifier en faveur de l'époux innocent ou des enfants les conventions matrimoniales : cf. *infra*, § 6 d ; (la loi écossaise, plus proche du Code civil, prononce au contraire de *plein droit* la perte, pour l'époux responsable du divorce, de tout avantage matrimonial).

avantages matrimoniaux, c'est également la loi du régime (1), loi française, qui sera consultée.

d) *Les époux ont vécu sous l'empire de Conventions matrimoniales du Droit anglais.* — Quels sont enfin les effets du divorce sur le régime des biens lorsque ceux-ci ont fait l'objet de conventions matrimoniale se référant à la loi anglaise ?

a) *Loi anglaise.* — La forme normale d'une convention matrimoniale est en Droit anglais, comme nous l'avons vu (2), la constitution de biens en Trust au bénéfice d'un époux (« marriage settlement ») faite soit par un tiers soit par l'autre époux, avant le mariage (« antenuptial settlement ») ou au cours du mariage (« post-nuptial settlement »).

Les clauses du Trust constitué en vue du mariage prévoient souvent le cas de divorce et en tiennent compte pour déterminer les bénéficiaires successifs ou la dévolution définitive.

Mais le « settlement » n'est pas, comme en France le contrat de mariage, limité en principe à la durée du mariage ; même lorsqu'il est fait à son propos, il a les caractères généraux de tout trust, il crée un patrimoine d'affectation (3) et, dans cette vue, il désigne comme bénéficiaires le conjoint premier gratifié et, suivant des modalités diverses, les enfants à naître ou tel autre membre de sa famille à défaut, jusqu'à celui à qui les biens reviennent en pleine propriété.

(1) *Bartin, Principes*, t. 2, § 316, p. 316.

(2) *Supra*, p. 128.

(3) Cf. *Lepaulle, Traité des Trusts*, p. 166.

Il n'y a donc pas de liquidation du « *settlement* », lors de la dissolution du mariage, comme il y a nécessairement en Droit français une liquidation du régime ayant existé entre époux.

Mais, en Droit anglais, le divorce influe sur le « *settlement* » d'une autre façon. En effet, parmi les organes qui participent au fonctionnement de tout Trust, le tribunal joue un rôle important de surveillance et même parfois d'administration (1). Or, quand le « *settlement* » a été fait en vue du mariage et que ce mariage est dissous par le divorce, le tribunal jouit précisément de pouvoirs exceptionnels :

Après avoir prononcé le divorce, le juge peut rechercher s'il existe des « *marriage settlements* » (2) ; et dans l'affirmative, en vertu des droits que lui donne l'Act de 1925 sur l'organisation judiciaire (art. 192) (3), il peut adjuger tout ou partie du bénéfice des Trusts existants soit aux enfants nés du mariage, soit, qu'il y ait ou non des enfants, à l'un ou l'autre des époux (4).

Dans la « *variation* » de *settlement* qu'il opère ainsi, le juge anglais tient compte de la conduite qu'a eue chaque époux. Mais ce n'est pas, en principe, la punition du coupable qui est recherchée ; la Cour vise simplement à maintenir autant que possible l'époux innocent et les enfants dans la situation dont ils jouissaient avant la rupture : « *in statu quo ante* » (4).

(1) Cf. Lepaulle, *op. cit.*, pp. 207 et suiv., « organes de collaboration et de surveillance ».

(2) Cf. Eversley, *op. cit.*, p. 141 ; Stephen, trad. cit., t. 1, p. 334.

(3) Cf. *supra*, p. 155 ; Jenks, trad. cit., t. 2, p. 149, art. 1894.

(4) Cf. Halsbury, *op. cit.*, vol. 16, *Husband & Wife*, n° 1161, p. 572 ; Stephen, trad. cit., vol. 1, p. 334.

Bien qu'indépendant du jugement de divorce, le jugement qui prononce la « *variation* » ne peut pas lui-même être modifié à la suite d'une nouvelle demande, sauf pour une cause qui serait contemporaine de la première décision (1). Le caractère définitif des dispositions ainsi prises par le juge anglais du divorce montre bien que la « *variation of settlement* » est tout autre chose que l'aménagement d'une créance d'aliments (2). Il faut maintenant étudier l'aspect international que présente le principe d'une modification, par l'autorité judiciaire, des conventions matrimoniales, s'agissant d'époux anglais divorçant en France.

β) *Conflit de lois*. — En conflit de lois il semble que le droit, accordé par la loi *anglaise* au juge *anglais*, de modifier un « *mariage settlement* » *anglais* dans le cas de divorce, ne peut avoir aucune application devant les tribunaux français prononçant le divorce entre Anglais. Le juge se déclarerait probablement sans pouvoirs pour administrer le Trust et surtout pour en changer le bénéficiaire (3).

Cependant son abstention ferait naître une grave difficulté en raison des règles de compétence judiciaire anglaises. La question, qui ne s'est jamais présentée devant nos tribunaux, n'est pas pour cela purement théorique : nous savons qu'elle s'est déjà posée en pratique et elle peut être, dans un jour prochain, tran-

(1) Cf. Eversley, *op. cit.*, p. 142.

(2) La pension alimentaire est essentiellement sujette à révision en Droit anglais comme en Droit français (cf. *supra*, p. 241).

(3) La question serait très complexe et toucherait aux principes de l'administration de la justice, à la validité du Trust en France, etc. Cf. Lepaulle, *op. cit.*, p. 417, *Compétence et rôle des Tribunaux français, relativement aux Trusts*.

chée judiciairement. Nous l'exposerons donc brièvement.

Si le juge français, ayant prononcé le divorce, renvoie les parties au juge anglais pour décider de la modification de leur « mariage settlement », le juge anglais se déclarera incompétent et le « settlement » ne pourra être modifié.

En effet, en Droit anglais, les principes généraux exigent l'existence d'un texte législatif pour qu'un tribunal puisse intervenir en modifiant des conventions particulières. Or, le texte existe : c'est l'Act de 1925, déjà cité, sur l'autorité judiciaire ; il autorise les modifications par voie de justice des conventions de mariage au cas de divorce (1). Seulement, l'Act, suivant l'interprétation imposée par les juges suprêmes de la Chambre des Lords (2), n'accorde ce pouvoir qu'à la Cour de divorce à l'exclusion des autres juridictions (écossaises en l'espèce). Il y a d'autre part une décision de la Division des Divorces elle-même, qui se déclare incompétente pour modifier un « settlement » à la suite d'un jugement prononcé en Nouvelle-Zélande (3). Les décisions proprement internationales manquent. Mais il n'est pas douteux qu'elles seraient dans le même sens (4) : la doctrine l'admet : pour modifier le « settlement », « les pouvoirs « de la Cour naissent seulement à la suite d'un jugement de dissolution du mariage prononcé par la

(1) Cf. *supra*, p. 254.

(2) Arrêt *Montgomery c/ Zarifi*, du 28.6.1918, en appel de la « Court of Session », écossaise, (Weekly notes 1918, p. 233).

(3) Arrêt *Moore c/ Bull*, P. 1891, p. 279. Il s'agit d'un jugement de nullité de mariage, mais la solution vaudrait pour le divorce.

(4) Il n'y a pas, en Droit anglais, entre les conflits interprovinciaux, coloniaux ou internationaux, la séparation qui est de règle absolue en Droit français (cf. *supra*, pp. 196-197).

« Cour elle-même, et non pas après un jugement étranger » (1).

Par ailleurs, les Cours anglaises reconnaîtraient certainement la validité d'une modification de « settlement » opérée par le tribunal étranger ayant statué sur le divorce (2).

Etant donné qu'un Anglais divorcé en France ne peut demander qu'au tribunal français qui a prononcé son divorce de statuer sur une modification éventuelle du « settlement » existant, il serait très nécessaire que la demande fût déclarée recevable.

On peut ajouter qu'en assurant ainsi la pleine exécution de la loi anglaise du Régime, on satisferait en même temps dans une certaine mesure à l'esprit des art. 299 et 300 du C. civ. sur la déchéance des avantages matrimoniaux, qui tendent de façon plus efficace au résultat visé par la « variation of settlements ».

SECTION II. — EFFETS DE LA SÉPARATION DE CORPS

Les effets de la séparation de corps sont soumis aux mêmes règles générales de conflit de lois que les effets du divorce, c'est-à-dire qu'il faut de la même façon distinguer entre ceux qui concernent l'état et la capacité des époux et ceux qui concernent directement les intérêts pécuniaires (3), et faire la discrimination suivant les règles de qualification déjà exposées pour le divorce.

D'autre part, la loi personnelle, dans la mesure où elle est applicable, est celle qui a déterminé les conditions

(1) Rayden, *Le Divorce*, 2^e éd., p. 358.

(2) Cf. Dicey, *Conflict of Laws*, 5^e éd., p. 426.

(3) Cf. *supra*, pp. 236 et suiv.

d'admission de la séparation, en tant que loi personnelle des époux lors de l'instance (1).

Ce sera normalement la loi anglaise. Mais si, en vertu du renvoi, c'est en définitive aux termes de la loi française que la séparation de corps a été prononcée, la loi française gouvernera pareillement ses effets.

Le renvoi de la loi anglaise, loi nationale, à la loi française, présente d'ailleurs en matière de séparation de corps une particularité déjà signalée (2), qui peut en rendre plus fréquentes les applications ; selon le Droit anglais, le principe de compétence législative n'est plus le domicile comme en matière de divorce : une simple résidence à l'étranger suffit pour que le juge et la loi du lieu de résidence soient compétents sur la séparation de corps entre époux anglais. Les conditions du renvoi seront donc plus facilement remplies.

Un principe d'ensemble, déjà énoncé (3), mais qu'il convient de rappeler ici, domine la réglementation anglaise des effets de la séparation de corps. La séparation judiciaire, en Droit anglais, ne modifie pas l'état des parties : car elle constitue un remède très différent du divorce, un remède qui ne doit pas apporter de transformation profonde à l'activité juridique des époux, afin de pouvoir cesser de produire ses effets dès que les époux sont réconciliés.

§ 1^{er}. — Effets sur la personne

Le devoir de cohabitation disparaît puisque tel est le but essentiel de la séparation de corps.

(1) Cf. *supra*, p. 237.

(2) Cf. *supra*, pp. 219 et 144.

(3) Cf. *supra*, pp. 144 et 148.

Mais la femme, en Droit anglais, n'acquiert pas pour cela un domicile particulier. Le domicile anglais, question d'état, n'est pas affecté par la séparation : la femme conserve celui de son mari, que lui avait donné son mariage.

Nous avons longuement étudié cette règle et les questions de conflit de lois qu'elle soulève en raison de son opposition avec le Droit français (1).

Puisque le mariage subsiste, subsistent également le devoir de fidélité et celui de secours, ce dernier transformé en raison de la cessation de la vie commune : le juge fixe s'il y a lieu une pension alimentaire qui porte le nom de « permanent alimony » (2) ; comme la « maintenance » ; prononcée après divorce, cette pension n'est accordée qu'à la femme, ce qui peut pareillement être considéré en France comme contraire à l'ordre public international ; cependant, toujours comme au cas de divorce, nous verrons que le mari peut aux termes de la loi anglaise elle-même être indemnisé d'une autre façon, ce qui rendra le plus souvent inutile l'intervention de l'ordre public pour justifier une allocation à son profit (3).

La capacité de la femme mariée anglaise n'est pas affectée par la séparation de corps, même prononcée en France, lorsque la loi personnelle est la loi anglaise. En effet, le juge prononce alors une séparation selon le Droit anglais qui, contrairement à la séparation du Code civil (4),

(1) Cf. *supra*, pp. 28 et 38.

(2) Cf. Halsbury, *op. cit.*, vol. 16, *Husband & Wife*, n°s 1142 et suiv., pp. 563 et suiv. ; Eversley, *op. cit.*, p. 145.

(3) Cf. *supra*, pp. 249, 254 et ci-dessous.

(4) Art. 311.

ignore cet effet, la femme anglaise ayant déjà la pleine capacité pendant la vie commune.

Mais si, en vertu du renvoi, la femme avait pour loi personnelle la loi française, la séparation de corps aurait pour résultat de lui rendre la pleine capacité abolie pendant la vie commune.

La femme anglaise séparée de corps pourra conserver en France le nom de son mari parce que le droit au nom dépend de la loi personnelle et que la loi anglaise ne prévoit pas (1), comme le fait l'article 311 du Code civil, la faculté pour le tribunal de lui en interdire l'usage. Toutefois, le souci de l'ordre public pourrait amener dans certains cas graves l'intervention du tribunal en vertu de l'article 311 en dépit de la loi nationale des époux.

L'action en dommages-intérêts contre le complice de l'adultère de la femme est admise en Angleterre, et pourra être exercée en France comme il a été dit pour le cas de divorce (2).

De même, le pouvoir reconnu au juge du divorce d'ordonner, au profit du mari ou des enfants, la constitution en trust d'une partie des biens de la femme coupable d'adultère existe également au cas d'action en séparation de corps lorsqu'elle est fondée sur ce même grief (3). Le mari demandeur, qui n'a pas droit aux aliments, obtient ainsi une indemnité détournée que, sous une autre forme, le tribunal français serait donc parfaitement fondé à lui accorder en s'autorisant de la loi anglaise elle-même (4).

(1) En Droit anglais, même après divorce, la femme peut retenir le nom du mari ; cf. *supra*, p. 245.

(2) Cf. *supra*, pp. 246 et suiv.

(3) *Matrimonial Causes Act 1857*, article 3.

(4) Les avantages spéciaux qui peuvent ainsi être accordés au

§ 2. — *Effets sur le régime des biens*

Contrairement au cas de *constitution* de trust, l'intervention de la Division Anglaise des Divorce pour *modifier* les conventions matrimoniales concernant des époux entre lesquels elle a prononcé la séparation de corps, n'est pas admise. Ce pouvoir n'existe qu'à l'occasion d'un jugement de divorce. La question de savoir si un tribunal français pourrait apporter des modifications à une convention de cette nature reste donc limitée au cas, à propos duquel nous l'avons posée, d'une action en divorce (1).

Enfin, la séparation de biens, qui est en Droit français la conséquence du jugement de séparation de corps, s'appliquera aux époux anglais s'ils sont mariés sous le régime français de communauté. En effet il importe peu à notre avis que la séparation de corps ait été prononcée aux termes de la loi anglaise ou selon la loi française applicable en vertu du renvoi. Certes, la séparation de corps n'a pas en Droit anglais pour corollaire la séparation de biens, puisque ce régime est déjà dans la loi interne le droit commun lorsque les époux cohabitent. Mais même si la loi anglaise a gouverné les conditions de la séparation de corps il suffit dans notre hypothèse que le régime légal ait été la communauté du Droit français pour que la séparation de biens accessoire intervienne.

mari sur les biens de la femme coupable d'adultère correspondent donc dans une certaine mesure aux avantages matrimoniaux des art. 299 et 300 du C. civ., qui sont reconnus applicables à la séparation de corps comme au divorce.

(1) Cf. *supra*, pp. 255 et suiv.

(2) C. civ., art. 311 (L. du 6.2.1893).

En effet, la séparation de biens est alors fondée avant tout sur la nécessité de mettre le régime des biens en harmonie avec la situation nouvelle de séparation des personnes, indépendamment de la loi personnelle qui a permis de créer cette situation.

En résumé, chaque fois que des époux anglais sont mariés sous le régime français de communauté, leur séparation de corps prononcée en France entraînera la séparation de biens conformément au Code civil.

Nous consacrerons un développement spécial à étudier dans quelle mesure peut être appliqué entre époux anglais l'effet tout particulier attaché en Droit français à la séparation de corps, consistant dans le droit d'obtenir dans un certain délai sa *conversion* en divorce (1).

SECTION III. — CONVERSION DE LA SÉPARATION DE CORPS EN DIVORCE

La conversion de la séparation de corps en divorce, telle qu'elle est admise et organisée en France (2), n'existe pas en Droit anglais où elle ne pourrait se concevoir en raison de la différence qui existe entre les deux remèdes quant aux causes permettant de les obtenir (3).

Les époux anglais séparés de corps peuvent-ils obtenir en France la conversion de leur séparation en divorce ?

Cela revient à déterminer quelle est la loi, française ou anglaise, applicable à la question de *convertibilité*. Or il y a là une question de fond (4) qui doit être résolue conformément à la loi personnelle : loi nationale ou, éven-

(1) C. civ., art. 310.

(2) C. civ., art. 310.

(3) Cf. *supra*, pp. 153 et suiv.

(4) Cf. Bartin, *Principes*, t. 2, § 319, p. 334.

tuellement, loi du domicile. Il faut en outre distinguer selon que le jugement de séparation a été rendu en Angleterre ou en France.

1) Si la séparation de corps a été obtenue en Angleterre, l'action tendant à la conversion en France n'est en aucune façon recevable, quels que soient les motifs pour lesquels la séparation a été prononcée.

En effet, le demandeur a alors exercé un choix définitif (1) entre les remèdes distincts qui lui offrait sa loi nationale ; la séparation de corps prononcée est gouvernée par le Droit anglais : elle n'est donc pas susceptible de conversion.

Il en serait ainsi à notre avis même si la loi personnelle, au moment de la demande en conversion, était, en vertu du renvoi, la loi française ; car les effets de toute séparation de corps et notamment la question de sa convertibilité dépendent définitivement et uniquement de la loi personnelle aux termes de laquelle elle a été prononcée (2).

2) Si le jugement de séparation dont la conversion est demandée est intervenu en France, il faut distinguer selon qu'il a été prononcé en application de la loi nationale anglaise ou au contraire conformément aux règles du Droit français.

a) Dans le premier cas, nous pensons que le juge français ne peut pas prononcer la conversion en divorce parce que la séparation est gouvernée quant à ses effets

(1) Cf. *Bartin, op. cit., loc. cit.*

(2) Au surplus, il y a là une sorte de « droit acquis » au bénéfice du choix exercé, au profit de l'époux contre qui la conversion sera demandée. Contre la solution donnée au texte, cf. thèse M^{me} Richard-Prassinos, précitée, p. 264.

par une législation qui la tient pour *inconvertible*. Il en est ainsi même en supposant que la loi personnelle des époux, lors de la demande de *conversion*, n'est plus la loi nationale anglaise, mais, par l'effet du renvoi, la loi française, loi du domicile ; car ici encore les effets de la séparation ne peuvent dépendre de ce changement.

b) Au contraire, si la séparation de corps elle-même avait été prononcée conformément à la loi *française*, loi du *domicile* des parties, rien ne s'oppose plus à ce qu'elle emporte tous les effets prévus par la loi française : après trois années, le jugement sera, sur la demande de l'un des époux, converti de droit en jugement de divorce.

CONCLUSION

I

L'étude, présentement achevée, de la Condition juridique des époux anglais en France, nous a conduit à appliquer, à un rapport de droit (1) simple pris pour hypothèse, des règles de droit multiples, des règles de conflit de lois dont la diversité s'explique par la diversité même des conséquences juridiques de l'état de mariage.

Il est nécessaire, maintenant, de chercher à coordonner entre elles les solutions positives du conflit de lois franco-anglais que nous avons exposées.

Le rapport de droit auquel elles s'appliquent n'est pas en effet leur seul point commun : pour chaque conflit de lois étudié, certaines notions plus générales sont intervenues qui, sur le terrain de la règle de droit elle-même, révèlent un lien d'unité. Ces notions sont la question du *renvoi* et le principe du *domicile* qui sont intervenus dans tous les domaines.

Plus généralement on a vu la *loi personnelle*, quel qu'en soit le critérium, nationalité ou domicile, s'appli-

(1) Cf. Introduction.

quer même en des matières gouvernées en principe par une autre règle de conflit.

Pour le contrat de mariage, par exemple, soumis en principe à la loi d'autonomie, la loi personnelle, soit comme loi nationale soit comme loi du domicile, reste compétente pour décider de la capacité à l'effet de contracter (1).

De même, en présence de la *lex loci*, la loi personnelle, quelle qu'elle soit, prédomine dans certains cas, par exemple pour décider de la mutabilité du régime matrimonial, question qui, bien que voisine de celle des formes, est qualifiée tout autrement par la jurisprudence la plus récente (2).

A fortiori, dans toutes les matières où le statut personnel est en premier lieu intéressé (devoirs réciproques, capacité, divorce, etc...), la loi personnelle, intervenant à titre principal, s'applique suivant les mêmes modalités parce que la question du renvoi, et celle du domicile qui a pu être acquis en France, se posent surtout dans ces cas (3).

Enfin, on peut admettre que le renvoi intervient même directement dans la détermination de la loi d'autonomie, indépendamment du statut personnel, quoiqu'il revête alors comme nous l'avons dit, un caractère très particulier (4).

(1) Cf. *supra*, pp. 106 et suiv.

(2) Cf. *supra*, pp. 114 et suiv.

(3) Cf. *supra*, pp. 13, 34, 48, 64, 107, 140, 176, 195, 200, 217, 237, 244, 258, 260, 261, 263, 264.

(4) Cf. *supra*, pp. 102 et suiv.

Ainsi se vérifient expérimentalement, dans le champ restreint de nos recherches, deux observations d'ordre général faites par des auteurs éminents du droit international ; c'est d'une part la prédominance du statut personnel dans la conception moderne du conflit des lois, et d'autre part ce fait que le renvoi, loin d'être limité à un domaine particulier, peut être discuté chaque fois que la règle de conflit désigne comme compétente la loi étrangère (envoi), et que cette dernière a un autre système de conflit (renvoi).

La prépondérance du statut personnel est, dans la jurisprudence et la majorité de la doctrine moderne, un fait bien établi quoique le principe en demeure contestable (1). Nous ferons seulement observer que quelle que soit sa valeur générale, ce principe est rationnel dans le cas particulier des effets du mariage parce que, en la matière, comme nous l'avons rappelé au début de ce travail (2), le droit des biens est nécessairement subordonné au droit des personnes.

Le caractère général de la question du renvoi, que M. Martin a spécialement contribué à mettre en lumière (3), ne fait pas non plus de doute. Mais autre chose est de constater que le problème peut se poser chaque fois qu'une loi étrangère est compétente, autre chose d'admettre ou de rejeter en bloc le renvoi. Et l'on sait que le renvoi a souvent été admis partiellement, notamment par certains auteurs qui le limitent au statut per-

(1) Cf. Donnedieu de Vabres, *L'Evolution de la Jurisprudence Française en matière de conflits de Lois*, Thèse, Paris 1905, pp. 462 et suiv.

(2) Introduction, II, p. 7.

(3) Cf. Martin, *Principes*, t. 1, § 81, p. 200.

sonnel (1) ou par certaines décisions qui tendent à ne l'admettre qu'en matière patrimoniale (2).

Nous ne prétendons pas donner, dans cette conclusion un résumé complet des différents arguments pour ou contre le renvoi ni de la très abondante littérature juridique à laquelle il a donné lieu depuis que la question a été posée en doctrine en France (3).

Nous voulons simplement, puisque la question du renvoi domine l'ensemble de notre travail, coordonner les observations particulières que nous avons faites à son sujet. Notre but est de démontrer que, si l'on s'en tient strictement à l'hypothèse du conflit de lois franco-anglais, il n'est pas nécessaire, pour justifier juridiquement ce qu'on appelle improprement le renvoi à la loi du domicile, de prendre parti contre la doctrine classique qui refuse le renvoi.

Certes il n'est pas question de justifier l'application de la loi du domicile par une survivance de l'idée de *comitas gentium*. Nous ne parlons en effet que du renvoi à la loi française, proposé en France, et l'on ne discute plus guère dans notre pays le caractère impératif de nos règles de conflit.

Par contre nous exposerons brièvement les deux argumentations les plus marquantes qui ont trait au renvoi sur le terrain de la souveraineté parce que, sans fonder la justification que nous proposerons ensuite, elles contiennent les éléments qui lui sont nécessaires.

(1) Cf. *supra*, pp. 48-49 note, 189.

(2) Cf. *supra*, pp. 187 et suiv.

(3) Cf. *supra*, p. 49.

II

L'argument capital fourni en France contre le renvoi en *général* (1) consiste à dire qu'en l'admettant on viole l'impératif français, la loi impérative de conflit et, spécialement en matière de statut personnel, l'article 3, § 3 du C. civ. qui prescrirait impérativement et le dessaisissement de la loi française, et l'application de la loi étrangère, quand il s'agit d'étrangers.

A cet argument classique, la réponse classique, et, nous semble-t-il, assez heureuse, consiste à dire que, sans invoquer la courtoisie internationale, on peut interpréter tout autrement l'article 3, § 3. En effet, il est peut-être plus conforme à sa lettre, et plus en harmonie avec la jurisprudence de cassation qui refuse de connaître de la violation d'une loi étrangère, de penser que la loi française en désignant la loi nationale se désintéresse de la question du statut des étrangers sans toutefois s'exclure elle-même impérativement si leur loi nationale, appliquée, elle, impérativement, fait sienne la solution pratiquée au lieu du domicile français de son ressortissant, à savoir la loi française (2).

On argue, en outre, d'un point de vue *général*, de l'indivisibilité des règles internes et internationales d'une législation (3). Mais cet argument nous paraît aussi dangereux que la thèse opposée suivant laquelle il faudrait

(1) Cf. notamment Pillet, *Contre la doctrine du Renvoi*, *Revue Dr. Int. Privé* 1913, pp. 5 et suiv.

(2) Cf. A. Colin, note au Sirey 1907.2.1 (sous l'arrêt de Pau, 11.6.1906, Clémentel c/ Knowles), pp. 2 *in fine*, et 3.

(3) *Ibid.*, p. 2.

toujours distinguer le Droit interne et les règles de conflit. En effet, seul l'examen de *chaque* législation étrangère permet de dire si la distinction est fondée ou si elle est un pur artifice.

Une notable partie de la doctrine, suivie par plusieurs législations étrangères, et par la convention de La Haye sur le mariage aujourd'hui dénoncée (1), a proposé d'admettre le renvoi en le limitant à la matière du statut personnel. Ce système, qui est celui de Weiss (2), a pris récemment des aspects nouveaux avec les projets du Professeur de Bustamante et du Dr Valera (3) destinés à la codification internationale du Droit international privé entre les Etats américains. Le code définitif en vigueur depuis 1928 n'a pas cependant consacré le renvoi (4).

Mais c'est surtout l'analyse nouvelle du renvoi faite par M. Lerebours-Pigeonnière qu'il y a lieu de mentionner ici car elle jette un jour nouveau sur le rôle du domicile. M. Lerebours-Pigeonnière démontre que, sans prendre parti sur l'admission du renvoi en général, il est nécessaire, en raison du caractère même de la règle de l'article 3, § 3, d'appliquer la loi de leur domicile aux étrangers que leur loi nationale soumet à cette règle (5).

(1) Cf. Niboyet, *Manuel*, n° 409, pp. 487 et suiv.

(2) Cf. Weiss, *Traité théorique et pratique de Dr. Int. Privé*, 2^e éd., 1912, t. III, pp. 88 et s.

(3) Cf. Bustamante, *La Nationalité et le Domicile*, *Revue Dr. Int. Privé* 1927, pp. 375 et suiv.

(4) Cf. *Le Code de Droit International Privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, par le professeur de Bustamante, trad. Goulé, Paris, Sirey 1929, art. 7 p. 151.

(5) Lerebours-Pigeonnière, *Observations sur la question du renvoi*, *Clunet* 1924, pp. 877 et suiv.

M. Lerebours-Pigeonnière établit en effet, par une longue recherche, qu'en faisant prévaloir la loi nationale en matière de statut personnel, le législateur a ainsi entendu faire prévaloir l'intérêt politique de l'Etat sur l'intérêt particulier de l'individu que, selon lui, la loi du lieu de son domicile protégerait plus efficacement.

Mais il est des pays où la Nationalité n'est pas considérée comme le lien politique essentiel entre l'Etat et les individus, où le domicile est non seulement le critérium de rattachement en vue des intérêts privés, mais aussi un principe d'allégeance sociale et politique. Tel est le cas de l'Angleterre où la nationalité est surtout un lien « utilitaire » entre l'Etat et ceux qui vivent sur son sol.

Appliquer à ces individus leur loi nationale serait fausser le sens qu'a la nationalité pour ces étrangers. Seule la loi de leur domicile doit donc gouverner leur statut personnel parce que c'est par elle que s'exerce véritablement l'emprise de l'Etat sur l'individu.

Cette compétence subsidiaire de la loi du domicile est non pas un renvoi mais un système analogue à celui qu'on applique aux *heimatlosen*. Il se justifie de lui-même, en vertu du Droit français lui-même, vis-à-vis d'étrangers qui « n'ont pas une Nationalité qui justifie « l'autorité de la loi nationale » (1).

Cette analyse, très différente on le voit des justifications classiques du renvoi, a cependant subi les mêmes critiques que ces dernières. Les adversaires du renvoi lui ont reproché de reproduire à son tour de façon détournée des arguments tirés de la *comitas gentium* et de lais-

(1) Article cité, *id.*, p. 901.

ser en définitive au souverain national le choix de la loi personnelle (1), critiques qui semblent imméritées puisque tout le raisonnement s'appuie sur l'article 3 lui-même et son véritable esprit. Et c'est par là que la théorie est précieuse pour nous car elle ramène la question du renvoi à ce qui nous paraît être son véritable terrain, l'esprit de l'article 3, § 3 ; elle conclut que l'application de la loi du domicile n'est pas un véritable renvoi.

III

Prenant le même point de départ, nous essaierons de donner un raisonnement plus simple tendant à la même conclusion.

Il faut certes partir de l'article 3, § 3 qui est impératif pour appliquer la loi du domicile. Mais quel est le contenu véritable de cet impératif (2) ?

Le texte du § 3 porte que « les lois concernant l'Etat et la capacité des personnes régissent les Français même résidant à l'étranger ». Le législateur a ainsi soumis les Français à une loi « permanente » pour ce qui touche à son statut. Cette loi est par la force des choses la loi nationale : les raisons en sont juridiques (unification du droit interne) et politiques (influence de la période révolutionnaire et de l'expansion militaire) ; ces raisons sont particulières aux Français.

(1) Cf. Niboyet, *Manuel*, n° 409, p. 490 *in fine* ; cf. autres critiques : Perroud, *Observations sur la question du renvoi*, Clunet 1925, pp. 656 et suiv.

(2) C'est sur ce terrain que se place M. Lévy-Ullmann (*Cours de Doctorat* 1933-1934), pour justifier l'application de la loi du domicile indépendamment du renvoi.

De ce texte il est juste de tirer implicitement ce principe impératif qu'une loi unique et permanente doit gouverner l'Etat et la capacité de tout individu même étranger, en France.

Mais croit-on que l'intention implicite du législateur ait été plus précise dans cette exigence impérative ? Croit-on que le critérium de la loi personnelle ait été choisi impérativement pour tous les étrangers dans le sens de la Nationalité et non de tout autre principe ?

Ce serait interpréter de façon bien précise et bien étroite à la fois une règle de droit dont la partie écrite a un sens trop restreint pour supporter ces degrés successifs d'interprétation.

En réalité les auteurs du code, en précisant pour les Français la nature de leur loi personnelle, ont admis implicitement ce principe nécessaire que toute personne doit pour son statut personnel suivre la souveraineté quelle qu'elle soit sous laquelle elle vit et sans laquelle on ne peut concevoir pour l'individu de vie en société, de vie juridique possible. Ce principe de rattachement à une souveraineté en vue des rapports de Droit privé est en France la *Nationalité* comme ailleurs il est la *caste*, ou la *profession héréditaire*, ou le *domicile*.

En conséquence lorsque le critérium qui rattache l'individu à une souveraineté destinée à lui fournir les règles de son statut personnel est le domicile et non la nationalité, le respect le plus strict de l'article 3, § 3, et de lui seul, exige que cet individu soit gouverné par la loi de son domicile.

Dès lors, il n'y a plus même l'apparence de renvoi, puisque c'est la loi française elle-même qui impose directement la règle du domicile : quelque parti qu'on prenne

sur la théorie générale du renvoi, la loi du domicile s'appliquera seule, loi française si le domicile est en France, loi anglaise si le domicile est en Angleterre. Et selon cette interprétation de l'article 3, § 3, la nationalité n'intervient à aucun moment pour résoudre le conflit de lois proprement dit, mais seulement comme *indice* du véritable principe de souveraineté de ces étrangers : le domicile.

Nous avons cherché à justifier l'application de la loi du domicile en démontrant qu'elle s'impose directement et non par renvoi, thèse voisine de celle de M. Lerebours-Pigeonnière.

Mais la justification est possible d'une autre façon, abstraction faite de l'interprétation proposée de l'article 3, § 3 ; et c'est maintenant à l'argument de M. Colin que nous nous référons : comme il a été dit plus haut, l'argument en faveur du prétendu renvoi, tiré de l'indivisibilité des dispositions internes et internationales d'une législation, ne nous paraît utilisable que si l'on relève en fait dans cette législation ce caractère d'indivisibilité (1).

Or tel paraît être le cas pour le Droit anglais où, comme il a été observé au cours de cette étude, la loi du domicile n'a rien d'une disposition spécifiquement internationale (2) :

Le domicile est une modalité d'application de la loi anglaise ; il fonde toute recherche de la loi applicable aux rapports juridiques personnels. Le premier souci du juge anglais saisi d'un litige intéressant le statut per-

(1) Cf. *supra*, pp. 269-270.

(2) Cf. *supra*, pp. 196-197.

sonnel est de rechercher le domicile des parties. En effet, la loi ou coutume applicable sera différente selon que le domicile est dans telle province, telle fraction du Royaume-Uni, ou dans une colonie de l'Empire plutôt que dans la métropole, ou à l'étranger plutôt qu'en pays britannique : on passe insensiblement du conflit provincial interne au conflit colonial et au conflit vraiment international (1).

Comment alors pourrait-on, sans fausser la loi nationale elle-même et son application intégrale, faire abstraction du domicile ?

La justification théorique de la règle du domicile est donc double, soit en vertu de la compétence subsidiaire de la loi du domicile soit en tant que saine application de la loi nationale elle-même.

Il reste à justifier pratiquement le résultat : Il suffit pour cela de répéter ce qui a été dit sur la nature du domicile au sens anglais du mot et sur la loi applicable à la détermination du domicile.

Le domicile au sens anglais du mot a une fixité égale et même supérieure à celle de la Nationalité (2).

Le domicile, dans le fonctionnement du prétendu renvoi, doit être celui du Droit anglais : seul il a la fixité nécessaire. Le renvoi serait au contraire irrationnel et dangereux si le juge français se contentait pour l'admettre de constater que le plaideur anglais a en France un « principal établissement » (3).

(1) Cf. *supra*, pp. 196-197, 256 note 4.

(2) Cf. *supra*, pp. 34, 53, 54, 191.

(3) Cf. *supra*, p. 54.

En résumé, en matière de statut personnel, l'application en France, à des sujets anglais, de la loi de leur domicile, nous apparaît comme seule juridiquement satisfaisante.

Mais il va de soi que l'application de la loi du domicile est assez délicate en raison de l'incertitude de la jurisprudence sur la définition du domicile en conflit de lois. Ici apparaît l'utilité de la convention internationale. Il en existe de nombreuses sur la Nationalité. Aucune n'a jamais été passée concernant le domicile en conflit de lois.

Dans un traité diplomatique franco-anglais sur le Droit civil, il serait fort utile de fixer la définition du domicile par un texte international. Il pourrait même suffire de convenir que le juge français en appliquant à des sujets anglais la loi française en tant que loi du domicile s'assurera de la réalité d'un domicile suivant la définition qu'en donne le droit anglais. Grâce à une pareille convention, la notion anglaise du domicile remplirait en France de façon plus satisfaisante un rôle analogue à celui que jouait dans l'ancien système de la loi sur la Nationalité la règle de l'admission à domicile.

Vu : *Le Doyen,* Vu : *Le Président de la Thèse,*
Edgard ALLIX. Henri LEVY-ULLMANN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLETY.

SOURCES & BIBLIOGRAPHIE

Acts législatifs anglais cités

Act du 17 novembre 1933 sur la Nationalité de la femme mariée, p. 6.

Married women's property Act, 1882, p. 40.

Married women's property Act, 1893, p. 40.

Acts de 1870 et 1874 (Biens des femmes mariées), pp. 41-99.

Act de 1774 sur l'assurance, p. 43.

Act de 1837, sur les testaments, p. 45.

Infant Settlement Act, 1855, p. 108.

Matrimonial Causes Act, 1857, pp. 154, 222, 227, 249.

Supreme Court of Judicature Act, 1873, p. 154.

Matrimonial Causes Act, 1923, p. 155.

Judicature (Consolidation) Act, 1925, p. 155.

Matrimonial Causes Act, 1884, p. 158.

Criminal Law (Amendment) Act, 1885, p. 164.

Deceased wife's sister's Act, 1907, p. 244.

Arrêts anglais cités (Leading Cases)

Alberta (Att. Genl for) c/ Cook (domicile, résidence), pp. 28, 147, 148.

- Angihnnelli c/ Angihnnelli, pp. 144, 145, 147, 154.
- Annesley Davidson c/ Annesley (*domicile*), p. 33.
- Apted c/ Apted et Bliss, p. 229.
- Armytage c/ Armytage (*domicile et résidence*), pp. 144, 145, 147.
- Arwas c/ Schinazi, p. 101.
- Astrope c/ Astrope, p. 164.
- Bater c/ Bater (*Loi du Domicile*), pp. 143, 198, 199, 200.
- Bell c/ Kennedy (*domicile*), p. 31.
- Bowie or Ramsay c/ Liverpool Royal Infirmary (*domicile*), p. 33.
- Browning c/ Browning, p. 161.
- Bryce (*domicile*), p. 34.
- Cheleysmore c/ Cheleysmore (*domicile*), pp. 30, 33.
- Constantinidi c/ Constantinidi et Lance, pp. 229, 230.
- Copsey c/ Copsey et Erney, p. 225.
- Dent c/ Dent, p. 225.
- Drew c/ Drew, p. 164.
- Eustace c/ Eustace (*domicile et résidence*), p. 147.
- Fleming et another c/ Horniman (*domicile*), p. 33.
- Guépratte c/ Young (*Loi du Domicile*), p. 52.
- Graham c/ Graham (*domicile et résidence*), p. 147.
- Hanbury c/ Hanbury, pp. 156, 162.
- Hall c/ Hall, p. 162.
- Hawey c/ Farnia (*domicile*), p. 199.
- Houghton c/ Houghton, p. 225.
- Huntley c/ Gaskell, p. 33.
- James (succession) (*domicile*), pp. 33, 35.
- Kelly c/ Kelly, p. 161.
- Le Mesurier c/ Le Mesurier (*domicile et résidence*), p. 146.
- Manning c/ Manning (*domicile et résidence*), p. 143.
- Mesurier (Le) c/ Le Mesurier (*id.*), p. 146.

- Montgomery c/ Zarifi, p. 256.
 Moore c/ Bull, p. 256.
 Niboyet c/ Niboyet (*domicile et résidence*), p. 146.
 Palmer c/ Palmer, p. 15.
 Pastre c/ Pastre (*Loi du Domicile*), p. 199.
 Price c/ Price et Brown, p. 225.
 Ramsay (Bowie) c/ Liverpool Royal Infirmary (*domicile*),
 p. 33.
 Thompson c/ Thompson, p. 164.
 Tomkins c/ Tomkins, p. 160.
 Tickner c/ Tickner, pp. 229, 230.
 Vardy c/ Smith (*Loi du Domicile*), p. 199.
 Winans c/ Att. Gen. (*Loi du Domicile*), p. 33.
 Wilson c/ Wilson (1872) (*domicile*), p. 143.
 Wilson c/ Wilson (1920), p. 229.

Arrêts et Jugements français cités concernant le Renvoi

COUR DE CASSATION

- Forgo (1878-1882) (*successions*), pp. 50, 189.
 Soulié (1910) (*successions*), p. 102, 187, 188.
 Achille c/ Balsan (1905) (*régime matrimonial*), p. 102.

COURS ET TRIBUNAUX

(Capacité)

- X... c/ Y..., p. 49.
 Abdy c/ Delpey, p. 50.
 L... c/ G..., p. 50.

(Divorce)

Grivot de Grandcourt, p. 177.

Smith c/ Smith, pp. 169, 178.

O... c/ M..., p. 178.

Sandberg c/ Sandberg, p. 181.

Dutnall c/ Dutnall, p. 182.

L... c/ L..., p. 186.

Gardiner c/ Gardiner, p. 192.

Sedgwick c/ Sedgwick, p. 193.

Dyer c/ Dyer, p. 193.

Stewart c/ Stewart et Niorthe, pp. 180, 194.

(Successions)

Knowles c/ Rigby, Clémentel, p. 186.

Raphaël c/ Hoirs Warburg, p. 203.

Ouvrages cités**I**

AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français*, 5^e éd.
(Bartin).

BARTIN. — *Principes de Droit international privé*, 1930
(T. 1^{er}), 1933 (T. 2).

BARCLAY (Sir Thomas). — *La femme Anglaise*, Paris 1896
(Pédone).

BROWNE & WATTS. — *Law & Practice of Divorce & Matrimonial Causes*, 9^e éd., Londres 1921.

BURGIN & FLETCHER. — *The Student's Conflict of Laws*,
Londres 1928.

BUSTAMANTE Y SIRVEN (P^r DE). — *Le Code de Droit inter-*

national privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, trad. Goulé, Paris 1929.

COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de Droit civil français*, 3 vol., 7^e éd. 1932.

DEMOLOMBE. — *Traité du Divorce*, 1896.

DICEY. — *The Law of Domicil*, éd. 1879.

— *Conflict of Laws*, 5^e éd.

— *Le Statut Personnel Anglais*, trad. Stocquart 1887.

EVERSLEY. — *Law of the Domestic Relations*, 4^e éd. 1926.

GARSONNET. — *Traité théorique et pratique de Procédure*, 3^e éd. 1912.

HALSBURY (Lord). — *Laws of England*, 1^{re} éd. 1911, vol. 16, vol. 17, vol. 27 (*Réédition en cours*).

GRAY. — *Rules against Perpetuities*, 3^e éd.

JENKS. — *Digeste de Droit civil anglais*, 2^e éd., trad. Baumann et Goulé 1923.

LAPRADELLE et NIBOYET. — *Répertoire de Droit international*.

LEPAULLE (Pierre). — *Traité théorique et pratique des Trusts en Droit interne, en Droit fiscal et en Droit international*, 1932.

LÉVY-ULLMANN (Henri). — *Eléments d'introduction générale à l'étude des Sciences juridiques* : II. Le Système juridique de l'Angleterre, t. 1^{er}. Le Système traditionnel, 1928.

MOREL (René). — *Traité élémentaire de Procédure civile*, 1932.

NIBOYET (J.-P.). — *Manuel de Droit international privé*, éd. 1928.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de Droit civil*, 1926, t. 2 (M. Rouast), t. 4 (M. Savatier).

— *Traité élémentaire*, 1928, t. 1^{er} et 3.

POTHIER. — *Mariage*, éd. Bugnet t. 6.

RAYDEN. — *Divorce*, 2^e éd.

SOCIÉTÉ DES NATIONS. — *Actes de la Conférence pour la Codification du Droit international*, Genève (1930, vol. 1).

STEPHEN. — *Commentaries on the Laws of England*, 19^e éd. 1928. — Commentaire sur le Droit de l'Angleterre, trad. de la 19^e éd., parue dans la Bibliothèque Internationale de Droit privé et de Droit criminel sous la direction de M. Escarra : T. 1^{er} : Le Droit des Personnes, M. Desserteaux, 1933 ; T. 3 : Le Droit des Contrats et des Torts, M^{lle} L. M. Mitchell, 1931.

WEISS. — *Traité théorique et pratique de Droit international privé*, 2^e éd. 1912, t. 3.

— *Manuel de Droit international privé*, 9^e éd. 1925.

WILLIAMS (S. E.). — *Everyday Statutes Annotated*, 1929.

II

Thèses

ARDELEANU. — *Du délai de viduité*, Thèse, Paris 1911.

AUBRY (Edmond). — *L'Incapacité de la femme mariée en Droit international privé français*, Thèse, Paris 1933.

BERTHEAU (Jules). — *De la capacité de la femme mariée anglaise*, Thèse, Paris 1902.

CHÉRON (Albert). — *Etude sur l'adage « Uxor non est proprie socia sed speratur fore »*, Thèse, Paris 1901.

CHÉRON (André). — *La femme mariée anglaise en Angleterre et en France*, Thèse, Paris 1906.

- DÉGLIN. — *Le contrat de mariage en Droit comparé et en Droit international*, Thèse, Nancy 1883.
- DELANGLE DE LA VILLE GAUDIN. — *De la Représentation en Droit anglais, à Agency*, Thèse, Paris 1923.
- DELOISON (Serge). — *De la capacité de la femme mariée anglaise envisagée dans son évolution historique*, Thèse, Paris 1921.
- DONNEDIEU DE VABRES. — *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de Lois*, Thèse, Paris 1905.
- GÉRARD (Adrien). — *Les « Torts » ou délits civils en Droit anglais*, Thèse, Rennes 1910.
- LEVASSEUR (Georges). — *La détermination du domicile en Droit international privé français*, Thèse, Paris 1931.
- MARION (André). — *La loi du domicile en matière successorale selon la jurisprudence anglaise*, Thèse, Paris 1906.
- MIRONESCO. — *Le nom des personnes en Droit comparé*, Thèse, Paris 1933.
- POTU (Emile). — *La question du Renvoi en Droit international privé*, Thèse, Dijon 1913.
- RICHARD-PRASSINOS (M^{me} M.). — *Le Divorce et la Séparation de corps dans les principales législations contemporaines et la solution des conflits dans cette matière*, Thèse, Paris 1928.

III

Articles et Notes de Jurisprudence

- BARCLAY (Sir Thomas). — *Notice et notes à l'Annuaire de Législation étrangère*, 1883, p. 329, com-

mentant le texte du *Married women's Property Act*, 1882.

COLIN (Ambroise). — Note sous l'arrêt *Knowles c/ Rigby-Clémentel* (C. Pau, 11.6.1906), Sirey, 1907.2.1 (Renvoi).

CRICHTON (G. H.). — *Le domicile matrimonial dans la Législation écossaise*, article au Clunet 1924, pp. 805 et suiv.

LABBÉ. — Note sous l'arrêt *Forgo* (Cass. req., 22.2.1882), Sirey, 1882.1.393 (Renvoi).

— *Du conflit entre la Loi nationale du juge saisi et une Loi étrangère relativement à la détermination de la Loi applicable à la cause*, article au Clunet 1885, pp. 5 et suiv.

LEPAULLE (Pierre). — *De la validité des Trusts en France*, article à la *Revue de Dr. int. priv.* 1927, p. 313.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — *Observations sur la question du Renvoi*, article au Clunet 1924, pp. 877 et suiv.

LION (M^{lle} Thérèse). — *Un Anglais constitue un Trust conformément à sa loi, sur des biens situés en France ; la Loi française doit-elle en reconnaître la validité ?* article au Clunet 1923, pp. 866 et suiv.

MAZAS. — *De la combinaison entre la théorie du Renvoi et celle de l'Autonomie à propos du Régime matrimonial des époux mariés sans contrat*, article au Clunet 1907, pp. 603 et suiv.

NIBOYET (J. P.). — Note sous l'arrêt *Slater* (Cass. civ., 10.11.1920), Sirey, 1923.1.129 (Compétence judiciaire).

- *Note sous l'arrêt Paléé* (C. Colmar, 28.3.1928), Sirey, 1929.2.17 (Régime matrimonial).
- *Note sous l'arrêt de Marchi c/ de Bagnaux* (C. Paris, 12.4.1929), Sirey, 1930.2.129 (Domicile).
- PERROUD (Jean). — *Observations sur la question du Renvoi*, article au *Clunet* 1925, pp. 656 et suiv.
- *Note sous l'arrêt Dutnall* (C. Douai, 26.3.1929), *Clunet* 1929, p. 1329 (Renvoi).
- PILLET. — *Rapport fait aux séances des 10 et 21 décembre 1908 de la Société d'Etudes Législatives* (Régime matrimonial).
- *Contre la Doctrine du Renvoi*, article à la *Revue de Dr. int. privé*, 1913, pp. 5 et suiv.
- ROUGIER (Raphaël). — *Note sous l'arrêt James* (Chancery Div., 13.2.1908), *Clunet* 1910, p. 1261 (Domicile).
- STOCQUART. — *Du régime matrimonial d'époux étrangers mariés sans contrat*, *Clunet* 1909, pp. 113 et suiv. (Analyses et Extraits).
- TOURNADE. — *Note sous le jugement Smith* (Seine, 24.6.1910), *Clunet* 1914, p. 922 (Ordre public).
- TRAVERS (M.). — *De la validité des Trusts du point de vue du Droit français*, article à la *Revue de Dr. int. privé*, 1909, pp. 521 et suiv.
- VALÉRY (J.). — *Un étranger peut-il acquérir un domicile en France depuis la loi du 10 août 1927 sur la Nationalité ?* article au *Clunet* 1928, p. 592.

Revues et Recueils cités

RECUEILS FRANÇAIS

Annuaire de Législation étrangère.

DALLOZ. — *Recueil Hebdomadaire* (D. H.).

— *Recueil Périodique* (D.).

— *Répertoire Pratique* (R. P. D.).

Droit (Le).

Gazette du Palais, Recueil mensuel.

Journal de Droit international privé (Clunet).

Journal des Juges de Paix.

Pandectes Françaises.

Revue de Droit international privé (1905-1933) (à partir de 1934 : *Revue critique de Droit international*, sous la direction de M. Niboyet).

Recueil Sirey.

RECUEILS ANGLAIS

English and Empire Law Digest (Dig.)

Law Reports (L. R.). — *Appeal Cases* (A. C.), espèces en appel à la Chambre des Lords (H. of L.) et au Privy Council.

— *Chancery Division of the High Court of Justice* (Ch. ou Ch. D.), 1^{re} inst., et appel (C. A.).

— *Probate, Divorce & Admiralty Division* (Prob., P. ou Div.), 1^{re} inst., et appel (C. A.).

Law Times Reports (L. T. R.).

Swabey & Tristram (Sw. & Tr.).

Times (T.).

Times Law Reports (T. L. R.).

Weekly Notes (W. N.).

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

I. — Justification du Titre	5
II. — Plan	7
III. — Méthode	8

TITRE PREMIER. — EFFETS DU MARIAGE	11
--	----

CHAPITRE PREMIER. — EFFETS DU MARIAGE SUR

LA PERSONNE DES ÉPOUX	11
-----------------------------	----

SECTION I. — *Devoirs réciproques entre Epoux* 12

§ 1. <i>Cohabitation.</i> Des conventions de Séparation	12
§ 2. <i>Fidélité</i>	17
§ 3. <i>Assistance</i>	18
§ 4. <i>Secours.</i> Mandat tacite. Saisie des salaires	18

SECTION II. — *Pouvoirs du mari et Capacité*

<i>de la femme</i>	24
--------------------------	----

§ 1. <i>Obéissance</i>	26
§ 2. <i>Domicile des Epoux</i>	28
a) Unité de domicile en Droit anglais et en Droit français	28
b) Notion anglaise de domicile	31
c) Loi applicable à la détermination du domicile en général	34

d) Loi applicable spécialement à la détermination du domicile des époux.....	38
§ 3. <i>Capacité de la femme</i>	39
a) Loi anglaise	39
b) Solution normale de conflit	46
La capacité se présume-t-elle ?	46
c) Obstacles à l'application normale de la loi nationale	48
α) Le Renvoi	48
β) Qualification et Ordre public, position de la question :	
— capacité et puissance maritale ;	
— capacité et biens réservés ;	
— capacité et mandat domestique ;	
— il n'y a pas de <i>Conflit de qualification</i> en matière de capacité	54
§ 4. <i>Capacité et puissance maritale</i>	57
Affaire Morris c/ Dufrenne et Varna ..	57
Application	59
§ 5. <i>Capacité et Biens réservés</i> : la loi anglaise s'applique	62
§ 6. <i>Capacité et Mandat domestique</i>	65
a) Qualification française : désignation de la loi personnelle	65
b) Réglementation anglaise du mandat, effet du devoir de secours	69
c) Analyse des décisions françaises concernant le mandat de la femme anglaise. Leur manque d'unité	73
d) Conclusion,	
Renvoi au Chapitre II (Régime) pour les clauses d'indisponibilité des biens	80

CHAPITRE II. — RÉGIME DES BIENS ENTRE ÉPOUX. 83

SECTION I. — *Régime matrimonial légal*. Loi nationale et loi d'autonomie : la jurisprudence s'attache à l'intention tacite 83§ 1. *Analyse de la jurisprudence* et des indices d'intention qu'elle retient dans les différents cas ; leur multiplicité ; essai de classement 85

a) Les Epoux étaient tous deux, avant le mariage, de Nationalité anglaise. 88

b) L'unité de Nationalité ne date que du mariage 90
Tendance générale 90
Décisions contraires 92
Conclusion 94

c) Absence de premier domicile matrimonial en France 95

§ 2. *Régime légal anglais* : Acts de 1882-1893 97§ 3. *Fonctionnement en France du Régime anglais* 99

a) Ordre public 100

b) Conflit de qualification relatif au caractère légal ou conventionnel du régime : nature de la Ketouba mosaïque. 100

c) Le caractère particulier du renvoi en matière d'autonomie de la volonté... 102

SECTION II. — *Conventions matrimoniales* .. 105§ 1. *Capacité exigée des contractants*..... 106§ 2. *Formes du Contrat* 109

a) <i>Formes proprement dites ; caractère facultatif de la règle « locus regit actum »</i>	109
b) <i>Publicité ; la loi Valette est-elle d'ordre public international ?</i>	111
c) <i>Le principe d'immutabilité est-il une règle de forme ? Dans la négative, les époux anglais n'y sont pas soumis ..</i>	114
§ 3. <i>Autonomie de la volonté</i>	118
a) <i>C'est la loi française qui gouverne le Contrat. Observation sur la nature de la nullité du contrat dans le cas de contractants anglais</i>	119
b) <i>C'est la loi anglaise qui gouverne le contrat</i>	120
α) <i>Loi anglaise et principe d'immutabilité</i>	121
β) <i>Loi anglaise et puissance maritale</i>	121
γ) <i>Loi anglaise et indivisibilité du régime</i>	
— Nature du principe d'indivisibilité ;	
— il restreint les effets de la loi anglaise	121
δ) <i>Loi anglaise et principe de libre circulation des biens</i>	125
1. <i>Nature de la règle de libre circulation</i>	125
2. <i>La constitution de Trusts en vue du mariage, en Droit anglais</i>	128

3. Le <i>Trust</i> et les autres clauses d'indisponibilité des biens des époux soulèvent en France trois difficultés	129
1° <i>Droit réel que fait naître le Trust</i>	130
2° <i>Degré d'inaliénabilité sti- putable</i>	130
— biens en <i>trust</i> ;	
— biens appartenant aux époux.	
3° <i>Le Trust anglais peut cons- tituer une substitution prohibée</i>	135
TITRE II. — DIVORCE ET SÉPARATION DE CORPS.	137
CHAPITRE PRELIMINAIRE. — COMPÉTENCE JUDI- CIAIRE	140
1. Règles générales en matière de statut	140
2. Divorce : le domicile	142
3. Séparation : la résidence	144
CHAPITRE PREMIER. — LES CAUSES DE DIVORCE ET DE SÉPARATION	150
SECTION I. — Causes de divorce et de sépara- tion de corps en Droit anglais. Généralités et Historique	153
§ 1. Causes de divorce	154
§ 2. Causes de séparation	156
a) Abandon	157
b) Adultère	159
c) Cruauté	159

§ 3. La notion de faute et celle d' « offense matrimoniale »	163
SECTION II. — <i>Solutions du conflit en matière de Divorce. Solution générale</i>	167
§ 1. Demande en divorce pour adultère ..	169
§ 2. Admission d'autres causes de divorce :	
le renvoi à la loi française	173
a) Analyse de la jurisprudence française. .	176
b) Observations sur le renvoi en matière de divorce	195
α) Loi du domicile en matière de divorce	196
β) Loi applicable à la détermination du domicile	200
γ) Conclusion	205
SECTION III. — <i>Solutions de conflit en matière de séparation</i>	209
§ 1. Application de la Loi anglaise	210
Difficultés spéciales au cas d'abandon :	
Action en « restitution de droits conjugaux »	211
§ 2. <i>Le Renvoi en matière de séparation de corps</i>	217
a) Question de principe	218
b) La loi anglaise renvoie-t-elle ? elle renvoie en principe à la loi de la résidence ..	219
c) Loi applicable à la définition du domicile ou de la résidence	219
CHAPITRE II. — FINS DE NON RECEVOIR	221
SECTION I. — <i>Fins de non recevoir opposables à la demande en Divorce</i>	222
§ 1 ^{er} . Fins de non recevoir absolues	222

TABLE DES MATIÈRES	293
a) Complicité	223
b) Pardon. Effet de la récidive	223
c) Collusion	225
§ 2. Fins de non recevoir soumises à l'ap- préciation du juge	227
a) Retard	227
b) Adultère du demandeur. Conflit	228
c) Autres cas de réciprocité des torts	232
SECTION II. — <i>Fins de non recevoir opposables à la demande en séparation</i>	234
CHAPITRE III. — EFFETS DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS.	
Solutions générales du conflit	236
SECTION I. — <i>Effets du Divorce</i>	238
§ 1 ^{er} . Obligation alimentaire. Effet en conflit de lois de sa <i>non-réciprocité</i> en Droit anglais	239
§ 2. Capacité de la femme divorcée	243
§ 3. Remariage	244
§ 4. Droit au nom	245
§ 5. Responsabilité de Droit commun	246
§ 6. <i>Effets du Divorce sur le régime des biens</i>	248
a) Régime légal anglais ; rôle de la Cour de Divorce	248
b) Régime légal français	250
c) Il existe des conventions matrimonia- les ; Contrat de mariage français	251
d) Conventions matrimoniales du Droit anglais ; modification du « Settlement » par le Tribunal	253
α) Loi anglaise	253

β) Conflit : rôle du juge français . . .	255
SECTION II. — <i>Effets de la séparation de corps.</i>	257
§ 1 ^{er} . <i>Effets sur la personne</i>	258
§ 2. <i>Effets sur le régime des biens</i>	261
SECTION III. — <i>Conversion de la Séparation de corps en Divorce</i>	262
1) La séparation de corps a été obtenue en Angleterre	263
2) La séparation a été obtenue en France :	
a) en application de la Loi anglaise	263
b) en application de la Loi française	264
CONCLUSION :	
I	265
II	269
III	272
SOURCES :	
Acts législatifs et arrêts anglais cités	277
Arrêts et Jugements français cités concernant le Renvoi	279
BIBLIOGRAPHIE	280

